

Recurso 307/2020

Resolución 219/2021

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

Sevilla, 2 de junio de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **URBASER, S.A** contra la resolución, de 21 de septiembre de 2020, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de limpieza viaria y de colegios del Ayuntamiento de San Roque” [Expte. CON 64/19 (Gestiona 7736/2019)], promovido por el Ayuntamiento de San Roque (Cádiz), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 9 de marzo de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y presentación electrónica, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, cuyo valor estimado asciende a 11.059.473,92 euros. Dicho día los pliegos fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil. Posteriormente, el 27 de abril de 2020 se publica rectificación del citado anuncio en ambos medios y el 29 de abril de 2020 se ponen de nuevo los pliegos a disposición de las personas interesadas en el citado perfil de contratante. Por último, el 18 de mayo de 2020 se procede a publicar rectificación de los pliegos en el mencionado perfil.

A la presente licitación le es de aplicación 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), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. Mediante resolución, de 21 de septiembre de 2020, por el órgano de contratación se adjudica el contrato citado a la entidad VALORIZA SERVICIOS MEDIOAMBIENTALES, S.A. (en adelante VALORIZA).

Posteriormente, el 7 de octubre de 2020, tuvo entrada en el registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por las entidad URBASER, S.A. (en adelante URBASER) contra la citada resolución de 21 de septiembre de 2020.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 7 de octubre de 2020, se da traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicita que aporte el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 13 de octubre de 2020.

Prevía petición del órgano de contratación de levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de licitación, este Tribunal lo adopta mediante Resolución de 19 de noviembre de 2020.

La Secretaría del Tribunal, con objeto de conceder a la recurrente el acceso al expediente de contratación solicitado, requirió al órgano de contratación para que se pronunciase sobre la confidencialidad de la documentación contenida en el mismo, al haberse denegado el acceso de la misma por aquel. La vista pudo celebrarse en la sede de este Órgano el 19 de enero de 2021. Al respecto, el día 26 de enero de 2021 la entidad recurrente presenta en el registro electrónico del Tribunal escrito de ampliación del recurso inicial, el cual fue remitido para su informe al órgano de contratación, sin que hasta la presente el mismo haya sido recibido en el Tribunal.



Con fecha 18 de febrero de 2021, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto, incluida su ampliación, que considerasen oportunas, habiéndose recibido en el plazo establecido las presentadas por la entidad VALORIZA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 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 el supuesto examinado, conforme a la documentación remitida a este Tribunal, el acto impugnado ha sido adoptado en el procedimiento de adjudicación de una entidad local andaluza. En este sentido, el Ayuntamiento de San Roque (Cádiz) no ha puesto de manifiesto que disponga de órgano propio especializado, por sí o a través de la Diputación Provincial, habiendo además remitido a este Órgano la documentación preceptiva 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 su conocimiento el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

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

TERCERO. En el presente supuesto el recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, la resolución de adjudicación fue remitida a la



entidad ahora recurrente el 21 de septiembre de 2020, por lo que aun cuando se compute desde dicha fecha el recurso presentado el 7 de octubre de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP. Asimismo, el escrito de ampliación del recurso fue formulado en el plazo establecido en el artículo 52 de la citada LCSP.

QUINTO. Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de adjudicación, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo:

«Se acuerde la NULIDAD del citado acuerdo de adjudicación del contrato de referencia y, específicamente, Se acuerde la RETROACCIÓN DEL PROCEDIMIENTO, a los efectos de que:

i) Se acuerde la EXCLUSION del procedimiento a las mercantiles CESP, S.A., FCC MEDIOAMBIENTE, SAU-FCC EQUAL CEE ANDALUCIA, S.L. y OHL INGESAN, por no alcanzar el umbral mínimo de 30 puntos en la valoración de los criterios subjetivos de acuerdo a lo estipulado en la cláusula 14.B del Pliego de Cláusulas Jurídico-Administrativas.

ii) Se proceda a la VALORACIÓN del criterio automático “Oferta Económica” de acuerdo con lo establecido en la cláusula 14.A del pliego de condiciones.

Y consecuentemente con todo lo anterior, que el Órgano de Contratación proceda a DICTAR NUEVA PROPUESTA DE ADJUDICACIÓN a favor de la plica que resulte más ventajosa de acuerdo con los criterios establecidos en el pliego de condiciones, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 150.1 de la LCSP.».

Funda la recurrente su pretensión en síntesis en que a su juicio las ofertas de la entidades reproducidas en el “suplico” de su recurso han sido indebidamente admitidas a la licitación. En este sentido, afirma que la mesa de contratación incurre en error en la aplicación del criterio de adjudicación cuya valoración depende de un juicio de valor establecido en la cláusula 14.B del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP). El tenor de dicha cláusula es el siguiente:

«B.- OFERTA TÉCNICA (CRITERIOS PONDERABLES A TRAVÉS DE JUICIO DE VALOR). (Máximo 49 Puntos)

1) Proyecto de limpieza viaria (hasta 25 puntos).



Los licitadores desarrollarán un proyecto de ejecución del servicio de limpieza en el que se definirán y detallarán todos los aspectos relativos a la organización, distribución, sistemas y medios humanos y materiales a emplear en los trabajos del servicio por encima del mínimo exigible como solvencia técnica, incluyéndose en el mismo un estudio detallado de las ferias, fiestas y eventos.

2) Proyecto de limpieza de colegios públicos (hasta 15 puntos).

Los licitadores desarrollarán un proyecto de ejecución del servicio de limpieza en el que se definirán y detallarán todos los aspectos relativos a la organización, distribución, sistemas y medios humanos y materiales a emplear en los trabajos del servicio, por encima del mínimo exigible como solvencia técnica, incluyéndose en el mismo un estudio detallado de las ferias, fiestas y eventos.

3) Sistemas de control, información y concienciación (hasta 4 puntos).

Se valorará la plataforma tecnológica de gestión y los sistemas de comunicación con la ciudadanía, así como la campaña inicial, los elementos comunicativos asociados a los vehículos, la propuesta de campaña anual y la propuesta de mejora continua.

4) Criterios ambientales y sociales (hasta 4 puntos).

Se valorarán los aspectos ambientales considerados en el diseño del servicio y su adecuación. Maquinaria empleada, medidas de eficiencia energética en las instalaciones, propuestas de ahorro de agua y utilización de elementos y productos respetuosos con el medio ambiente. También políticas activas de empleo. Los criterios cualitativos de calidad deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes y podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad de acuerdo con el artículo 148 de la LCSP.

5) Plan y calendario de implantación de los servicios (hasta 1 punto).

Se valorará la mejor propuesta de implantación de los servicios, su calendario de ejecución y organización.

La oferta técnica se valorará de la siguiente manera:

Notable: Corresponde a una oferta técnica bien definida, detallada, completa, oportuna y coherente en todas sus partes. Entendiéndose que la propuesta sea realista e innovadora. Puntuación entre el 80% y el 100 % del apartado.

Bien: Corresponde a una oferta adecuada pero carente de un grado de precisión notable. Puntuación entre el 60% y el 80% del apartado.

Suficiente: Corresponde a una oferta con escaso nivel de detalle, sin tener en cuenta la realidad del municipio y/o completada a base de exposiciones teóricas, con pocas aportaciones concretas. Puntuación entre el 40% y el 60% del apartado.



Insuficiente: corresponde a una oferta que genera poca credibilidad por incompleta, con falta de información, datos o documentación para explicarse o ser valorada o bien que sean poco coherentes. También se incluyen aquellas ofertas que no permitan conocer claramente el proyecto o sea inexistente. Puntuación entre 0 y 40%.

La valoración que se emita será global sobre el proyecto presentado.

Quedarán excluidas de la valoración aquellas propuestas que no alcancen una puntuación mínima de 30 puntos en la aplicación de los criterios de adjudicación de este apartado B.

Estos criterios cualitativos de calidad deberán ir acompañados de un criterio relacionado con los costes y podrá ser el precio o un planteamiento basado en la rentabilidad de acuerdo con el artículo 148 de la LCSP.».

Al respecto, a juicio de la recurrente la expresión contenida en dicha cláusula «*Quedarán excluidas de la valoración aquellas propuestas que no alcancen una puntuación mínima de 30 puntos en la aplicación de los criterios de adjudicación de este apartado B.*», ha de ser entendida en el sentido de que aquellas ofertas que no alcancen al menos 30 puntos en la aplicación de los criterios contenidos en la cláusula 14.B del PCAP, han de ser excluidas del procedimiento de licitación.

En este sentido, señala que a pesar de la claridad del PCAP respecto de la consecuencia obligatoria de excluir del procedimiento de licitación a las ofertas que no superen el umbral mínimo de 30 puntos en la valoración de los criterios sujetos a un juicio de valor (subjetivos según el recurso), la mesa de contratación unilateralmente y por unanimidad decide condonar la exclusión de las mercantiles citadas otorgándoles a cambio cero puntos en dichos criterios, de tal forma que permite que dichas entidades pasen de fase de tal manera que se abran y valoren sus ofertas económicas, provocando con ello la modulación de la valoración de dichas proposiciones económicas y consecuentemente la alteración de la clasificación final de las entidades licitadoras y, por ende, que VALORIZA consiguiera la adjudicación del presente contrato en perjuicio de ella.

En definitiva, a su entender la conducta de la mesa de contratación, no solamente incumple las previsiones contenidas en la cláusula 14.B) del PCAP, sino que además infringe la doctrina europea y de los diferentes tribunales encargados de resolver los recursos especiales en materia de contratación, que establecen el deber de excluir del proceso selectivo, en los procedimientos de licitación donde se han establecido



umbrales eliminatorios en los criterios técnicos, a las proposiciones presentadas que no alcancen los mismos sin llegar a ser evaluadas con arreglo a los criterios de carácter económico.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso se opone a los argumentos esgrimidos por la recurrente. Al respecto, indica que *«Es importante señalar que este párrafo se incorpora en el apartado B, referente al momento de valoración de la oferta técnica, dentro de la cláusula 14 denominada “criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato”, y que además, el pliego es bastante claro a la hora de establecer el desarrollo de la fase de adjudicación, (cláusula 14 y fundamentalmente la 18 donde se regula el desarrollo de la mesa y apertura de las proposiciones y supuestos únicos de exclusión de las ofertas), distinguiéndose dentro de la misma dos momentos de valoración, uno referente a la oferta económica 51 puntos y otro a la oferta técnica 49 puntos, pero sin que en ningún momento en el pliego se hayan establecidos, en aplicación del artículo 146.3 de la LCSP, distintas fases eliminatorias dentro de la fase de adjudicación, sino que lo que se prevé es una única fase de selección con distintos momentos de valoración, técnico y económico, si bien, en el momento de valoración técnica sí se indica en dicho apartado B que aquellas empresas que no alcancen una puntuación de 30 puntos, serán excluidas DE LA VALORACIÓN, PERO NO DE LA LICITACIÓN O ADJUDICACIÓN. Lo que indica el artículo es que si no supera los 30 puntos, la empresa de que se trate quedaría excluida de la propia valoración técnica, por lo que, se deberá puntuar como 0, pero en ningún caso excluirse de la licitación como si de distintas fases de adjudicación eliminatorias se tratara. Lo que se pretendía era no premiar en la valoración técnica a las empresas que no alcanzaran un mínimo de puntos por entenderse que eran proyectos de baja calidad técnica, pero nunca que fueran excluidos de la fase de adjudicación. Además el pliego fue aceptado por todos los licitadores desde el momento de su presentación de ofertas.»*.

Por último, la entidad interesada VALORIZA se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidas. En resumen, señala dicha entidad que *«el PCJA reguló para este supuesto que las ofertas técnicas resultaran excluidas de la valoración referida a los aspectos técnicos, no así de la licitación como pretende la recurrente por lo que de la dicción literal de los pliegos en este punto se desprende con claridad que dichas ofertas continuarían en el procedimiento y se procedería a abrir y puntuar el sobre económico de las mismas.»*.

SEXTO. Vistas las alegaciones de las partes, procede el análisis de la controversia en la que entiende la recurrente que el párrafo citado de la cláusula 14.B del PCAP, ha de ser entendido en el sentido de que aquellas ofertas que no alcancen al menos 30 puntos en la aplicación de los criterios contenidos en dicha



cláusula han de ser excluidas del procedimiento de licitación, lo contrario que a su juicio ha hecho la mesa de contratación al permitir que las entidades que no hayan alcanzado dicha puntuación pasen de fase de tal manera que se abran y valoren sus ofertas económicas. Sin embargo, entre otras cuestiones, señala el órgano de contratación que en la presente licitación no se han establecido, en aplicación del artículo 146.3 de la LCSP, distintas fases eliminatorias dentro de la de adjudicación, sino que lo que se prevé es una única fase de selección con distintos momentos de valoración.

Así las cosas, el núcleo de la controversia se sitúa en torno a la cuestión de la existencia de fases o no en el supuesto que se examina, pues si así fuere sería necesaria su superación para continuar en el procedimiento selectivo.

Pues bien, este Tribunal en lo que aquí interesa se ha pronunciado, entre otras, en dos ocasiones sobre la posible existencia de fases en el procedimiento abierto como el que aquí se examina. En este sentido, y por orden cronológico, en la Resolución 192/2019, de 13 de junio, este Tribunal señaló lo siguiente:

«El artículo 146.3 de la LCSP al disponer que *“En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo”*, no está pensando en los dos necesarios momentos de valoración de las ofertas en el procedimiento abierto cuando existen criterios sujetos a juicio de valor y de evaluación automática. En este caso, la valoración en momentos diferenciados es obligatoria legalmente (artículo 146.2 b) de la LCSP) para preservar las garantías de imparcialidad y objetividad en el proceso selectivo, mientras que la dicción literal del artículo 146.3 del citado texto parte de una premisa opcional *“En el caso de que (...)”*.

Cabe señalar que desde el punto de vista del Derecho europeo, y en particular, de la Directiva 2014/24, la posibilidad de articular fases sucesivas tiene por objeto reducir progresivamente el número de ofertas a negociar o examinar, como sucede en la licitación con negociación (artículo 29, apartado 6), en el procedimiento de diálogo competitivo (artículo 30, apartado 4) o en el procedimiento de asociación para la innovación (artículo 31, apartado 5), lo que tiene su correspondiente traducción en la LCSP, donde la licitación con negociación, el procedimiento de diálogo competitivo o el procedimiento de asociación para la innovación se regulan, respectivamente, en los artículos 169.3, 175.3 y 179.4 del citado texto legal.



$$(\dots)$$

Además, téngase en cuenta que el mencionado artículo 146.3 de la LCSP, ante la posibilidad de fijar fases en la licitación que deban ir superándose por las distintas ofertas presentadas, prevé la obligación de un umbral mínimo del 50% de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos. Estos últimos pueden ser tanto criterios sujetos a juicio de valor como de evaluación automática, por lo que la pretendida aplicación obligatoria del artículo 146.3 a los dos momentos de valoración de un procedimiento abierto, como el aquí examinado, exigiría tomar en consideración la puntuación de criterios cualitativos que se hubieran establecido en el segundo momento de evaluación de las ofertas, lo que frustraría el espíritu del precepto que parece estar pensando en un umbral mínimo para poder pasar de una fase a la sucesiva.

Es más, una interpretación como la que sostiene AEAN [que el procedimiento de adjudicación analizado se articula en dos fases], obligaría a afirmar que el legislador ha querido imponer dicho umbral a los criterios cualitativos por el hecho de que los pliegos establezcan criterios sujetos a juicio de valor y de evaluación automática en un procedimiento abierto, afirmación que carece de toda lógica pues en un procedimiento abierto pueden fijarse solamente criterios de evaluación automática y con la tesis de la recurrente el citado umbral no se aplicaría al conjunto de criterios cualitativos de carácter automático.».



Asimismo, y en lo que aquí concierne, este Órgano en su Resolución 216/2020, de 26 de junio, con cita en la mencionada Resolución 192/2019 indicaba que: *«Una conclusión clara de lo expuesto en la resolución parcialmente transcrita es que el artículo 146.3 no es de aplicación obligatoria en el procedimiento abierto por el hecho de que en el mismo existan dos momentos diferenciados en la valoración de las ofertas conforme a lo dispuesto en el artículo 146.2 b) del mismo texto legal, momentos que no pueden equipararse sin más al concepto de fases utilizado en el apartado 3 del mismo precepto.»*. También en dicha Resolución 216/2020 se señalaba tras reproducir parte de la citada Sentencia de 20 de septiembre de 2018 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que:

«Hemos de concluir, pues, a la vista de la citada sentencia, que no es obligatorio pero sí posible el establecimiento de fases en el procedimiento abierto, de modo que las proposiciones que no alcancen un umbral mínimo en la evaluación de los criterios técnicos queden excluidas de la licitación y por ende, de evaluación posterior. Llegados a este punto, el umbral mínimo conforme a la legislación actual es el recogido en el artículo 146.3 de la LCSP “En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, estableciendo un umbral mínimo del 50 por ciento de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos para continuar en el proceso selectivo”.

Al respecto, hemos de indicar que la única novedad de la LCSP respecto al texto normativo anterior es el establecimiento del porcentaje mínimo del umbral en un 50%. Ya el artículo 150.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público señalaba que *“En el caso de que el procedimiento de adjudicación se articule en varias fases, se indicará igualmente en cuales de ellas se irán aplicando los distintos criterios, así como el umbral mínimo de puntuación exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo”.*

En dicho texto, hoy derogado, el legislador quiso dejar a elección del órgano de contratación la determinación de cuál fuese ese umbral mínimo en caso de decidir el establecimiento de fases en la licitación. El cambio operado en la nueva LCSP solo obedece a la fijación de dicho umbral mínimo en un 50% de la puntuación en el conjunto de los criterios cualitativos, de modo que el legislador actual ha querido sustituir al órgano de contratación en esta determinación y ha querido hacerlo en un porcentaje concreto mínimo para todos los casos.».



Pues bien, en el supuesto ahora examinado, en los pliegos, nada se dice sobre la existencia de fases en los términos recogidos en el artículo 146.3 de la LCSP. Sin embargo, ello no quiere decir necesariamente que no se hayan establecido aun cuando esa no fuese la intención de sus redactores. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que el pliego es la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones supone la aceptación incondicionada de todos sus términos sin salvedad alguna.

Así las cosas, resta por analizar si el párrafo *«Quedarán excluidas de la valoración aquellas propuestas que no alcancen una puntuación mínima de 30 puntos en la aplicación de los criterios de adjudicación de este apartado B»* contenido en la cláusula 14.B del PCAP, prevé o no la existencia de dos fases, y por tanto, la exclusión de aquellas licitadoras que no superen la primera.

Al respecto, a juicio de este Tribunal, sin prejuzgar la conformidad a derecho de dicho párrafo, su redacción y sus consecuencias son claras, y de la misma se desprende la no valoración de la oferta en los criterios sujetos a un juicio de valor, y no la exclusión de la proposición de la licitación. En este sentido, teniendo en cuenta que los pliegos son la ley del contrato, una entidad licitadora razonablemente informada y normalmente diligente, ante la literalidad de los términos del párrafo controvertido del pliego que, se reitera, son claros en cuanto a la consecuencia en él prevista para el caso de no alcanzar el umbral mínimo, debió impugnar el pliego dentro del plazo legal previsto para ello si consideraba que el mismo vulneraba el artículo 146.3 de la LCSP, en lugar de hacerlo indirectamente ahora cuando el resultado de la adjudicación no le es favorable y sobre la base de una interpretación extensiva del párrafo esgrimida extemporáneamente en perjuicio del resto de licitadoras que, como la recurrente, aceptaron incondicionalmente los pliegos en los términos en que quedaron redactados y aprobados.

En este sentido, este Tribunal tiene una consolidada doctrina a propósito del recurso indirecto contra los pliegos con motivo de la impugnación de un acto posterior del procedimiento de adjudicación. Así, en la reciente Resolución 104/2021, 25 de marzo, con cita de la 194/2019, de 19 de junio, se señalaba que *«Conforme a la doctrina de este Tribunal (v.g. Resolución 150/2018, de 23 de mayo, 34/2019, de 14 de febrero y 134/2019, de 26 de abril, entre otras), la regla general es 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 no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habrá de estar ahora al contenido de los mismos que califican el contrato como concesión de servicios.*



La única excepción a esta regla es que el vicio o irregularidad afectante a los pliegos no hubiera podido detectarse en el momento de la aprobación de estos por un licitador normalmente diligente y razonablemente informado, siendo en un momento posterior de la licitación -normalmente, en la fase de valoración de las ofertas tratándose de los criterios de adjudicación- cuando es posible evidenciar la nulidad de la cláusula del pliego o del criterio en cuestión en la medida que propician una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato.

En este sentido, este es el criterio que, a sensu contrario, mantiene la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.

Por el contrario, si se admitiera el recurso, se estaría dejando al albur de las entidades licitadoras tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los potenciales vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento de licitación. En este sentido, resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448), en la que se indica que puede resultar contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que se consientan una o varias cláusulas o prescripciones técnicas y luego, al no resultar adjudicatario, se impugne la adjudicación argumentando cuestiones relativas a la configuración de los pliegos, 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.

Por lo demás, este es el criterio sostenido por otros órganos de resolución de recursos contractuales como el Tribunal Central de Recursos Contractuales que en la Resolución 49/2017, de 20 de enero, concluye en un supuesto muy similar al presente que: “Al no haber recurrido 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, y solo al no haber resultado así, pide su anulación; lo cual es flagrantemente contrario al “venire contra factum proprium” y al principio de buena fe, y no incurre en el supuesto excepcional a que se refiere la Sentencia del TJUE de 12 de marzo 2015 (asunto C-538/13)”».

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede 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 **URBASER, S.A** contra la resolución, de 21 de septiembre de 2020, del órgano de contratación por la que se adjudica el contrato denominado “Servicio de limpieza viaria y de colegios del Ayuntamiento de San Roque” [Expte. CON 64/19 (Gestiona 7736/2019)], promovido por el Ayuntamiento de San Roque (Cádiz).

SEGUNDO. 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.

TERCERO. 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.

