Recurso 9/2021

Resolución 246/2021

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

Sevilla, 17 de junio de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CABEZUDO GESTIÓN DOCUMENTAL, S.L.** contra la resolución, de 21 de diciembre de 2020, del órgano de contratación por la que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de depósito, custodia y gestión de la documentación del Servicio de Valoración de la Dependencia de Cádiz y del Servicio de Valoración de la Dependencia de Málaga, adscritos a la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía" (Expte. CA-19/2019), respecto del lote 2, convocado por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, entre adscrito a la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 24 de junio de 2020, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 513.153,14 euros, día en que asimismo lo pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante. Dicho anuncio fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 25 de junio de 2020.

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). Igualmente, se rige por 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 por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El órgano de contratación mediante resolución, de 21 de diciembre de 2020, excluye la oferta de la entidad CABEZUDO GESTIÓN DOCUMENTAL, S.L., respecto del lote 2, por entender que la misma no acredita el cumplimiento de determinas exigencias de los pliegos.

El 13 de enero de 2021, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad CABEZUDO GESTIÓN DOCUMENTAL, S.L. (en adelante CABEZUDO) contra la citada resolución de 21 de diciembre de 2020, respecto del lote 2.

Posteriormente, el mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación el 15 de enero de 2021, solicitándole informe al mismo así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano el 25 de enero de 2021, salvo el listado de entidades licitadoras que previa petición fue presentado el 2 de febrero de 2021.

El 28 de enero de 2021 este Tribunal adopta la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación solicitada por la recurrente, respecto del lote 2.

Con fecha 23 de febrero de 2021, 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 el plazo establecido las presentadas por la entidad ORGANIZACIÓN Y GUARDA DE ARCHIVOS, S.L. (en adelante DOCLAND).

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.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso dada su condición de entidad licitadora, respecto del lote 2, 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 exclusión 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 poder adjudicador, 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.b) 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, consta que la resolución de exclusión, de 21 de diciembre de 2020, fue publicada en el perfil de contratante y remitida a la entidad ahora recurrente en dicho día, por lo que el recurso presentado el 13 de enero de 2021 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 c) y g) de la 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 exclusión de su oferta, respecto del lote 2, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, *«declare la nulidad de los pliegos en lo referente a contar con "edificio exento que disponga de muelle propio de carga y descarga. Las instalaciones estarán en edificios aislados, y separados más de 15 de metros de otros edificios colindantes" en virtud de los motivos expuestos, tras los trámites pertinentes, acuerde la estimación íntegra del Recurso, y en consecuencia se ordene la*

retroacción del procedimiento de licitación al momento de aprobación del PPT con una nueva redacción de su punto 3.3.».

La recurrente, en síntesis, tras exponer los motivos por los cuales fue excluida su oferta así como la documentación que aportó para acreditar el cumplimiento, a su juicio, de su proposición, afirma en lo que aquí interesa en el fundamento décimo segundo de su escrito de recurso que *«Está fundamentado la posibilidad de recurrir y anular los Pliegos del Contrato, aunque no se hubiera hecho en el momento inicial de su publicación cuando estos hubieran incurrido en una nulidad radical. La doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Administrativos (TACRC) Así lo ha contemplado en diversas resoluciones entre ellas: Resoluciones del TACRC de 28 de octubre de 2019, nº rec. 904/2019, Por infringir el principio de libre concurrencia y competencia (FJ.8). En base al artículo 50.1 LCSP establece en su último párrafo: "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 posibilidad también ha sido contemplada por los Tribunales así: Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE"), en sentencia de 12 de marzo de 2015 (C-538/13) y Tribunal Supremo en la Sentencia de 19 de marzo de 2001 (nº rec. 565/1994)».

Por su parte, el órgano de contratación en su informe al recurso tras reproducir parte de la Resolución 150/2018, de 23 de mayo, de este Tribunal, y de la 960/2019, de 14 de agosto, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, indica que *«En definitiva, la impugnación extemporánea de los pliegos (en fase de adjudicación) sólo se admite con carácter excepcional, y aunque alegada dicha excepción por la recurrente, este órgano de contratación en absoluto entiende que se den las circunstancias exigidas para ello en la medida en que de admitirse a los solos efectos dialécticos la falta de justificación de la exigencia de los requisitos que respecto de los pliegos se denuncia, y que a juicio de este órgano de contratación se incumplen, no cabe afirmar que no hubiera podido ser advertida por un "licitador razonablemente informado y normalmente diligente".».*

Por último, la entidad DOCLAND como interesada en el procedimiento de recurso 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 reproducidos.

SEXTO. Vistas las alegaciones procede el análisis de la controversia, que gira en torno a entender o no que en el supuesto que se examina que es posible recurrir los pliegos con ocasión de la interposición de un recurso contra un acto posterior, en este caso la exclusión de la oferta.

Al respecto, la cláusula 3.3 del pliego de prescripciones técnicas en su apartado de "Prescripciones de los locales de depósito de archivo. 1. Edificio" señala entre otras exigencias que *«Será un edificio exento que disponga de muelle propio de carga y descarga. Las instalaciones estarán en edificios aislados, y separados más de 15 de metros de otros edificios colindantes.»*.

Por su parte, la recurrente afirma que *«La prescripción técnica de que "Será un edificio exento que disponga de muelle propio de carga y descarga. Las instalaciones estarán en edificios aislados, y separados más de 15 de metros de otros edificios colindantes" (PPT 3.3) no se encuentra justificada en dicho Pliego resultando así arbitraria o graciosa pues nada aporta al objeto del contrato; suponemos que se trata de una exigencia relativa a la seguridad de las instalaciones pero no sabemos si se trata, de un requisito para un mejor comportamiento ante el fuego, temperatura y humedad, polvo, actividad biológica o robo o actos vandálicos o ruido pongamos por caso.*

Descartamos por lógica que se trate de una prescripción justificada por de un mejor comportamiento hacia la prevención del riesgo de incendios, pues la prevención contra incendios ocupa el apartado dos de las prescripciones relativas a los locales de depósito de archivo" (PPT cláusula 3.3) y esta prescripción se encuentra en el punto 1 (Edificio).

Respecto a la exigencia de muelle de carga y descarga tampoco encontramos justificación. El motivo de la utilización de muelles de carga y descarga en naves industriales es la mejor, más cómoda realización de esta actividad. Este dispositivo es de gran utilidad para empresas cuya actividad sea la entrada y salida frecuente de sus instalaciones de grandes cargas bien por volumen o por peso, pero no se justifica en empresas y actividades que no requieren de este movimiento. Aún más cuando estos dispositivos, en relación a la carga y descarga no demuestran estar exentos de riesgos laborales como recoge la Nota Técnica de Prevención NTP 1.076 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo relativa a muelles de carga y descarga.

El contrato licitado por la Agencia no implica una especial frecuencia de entradas y salidas ni por volumen ni por peso más allá del traslado inicial pues el resto de la ejecución del contrato se resume en préstamos puntuales de archivos de poco peso y volumen y en preferencia de préstamo telemático. Para este nivel de riesgo una adecuada formación de los trabajadores conforme al Real Decreto 487/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de

seguridad y salud relativas a la manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores, es totalmente adecuada. Sin embargo, este punto destacado en el Informe Técnico como especialmente incumplidor no se justifica en relación al objeto del contrato.».

Pues bien, las apreciaciones que ahora realiza la recurrente acerca de la exigencia de que *«Será un edificio exento que disponga de muelle propio de carga y descarga. Las instalaciones estarán en edificios aislados, y separados más de 15 de metros de otros edificios colindantes»*, expresada en la cláusula 3.3 del PPT, sin que este Tribunal prejuzgue la legalidad de dicha exigencia, es toda ella una apreciación que pudo y debió alegarla en el plazo legalmente establecido para la impugnación de dicho pliego, tras el examen del mismo para la elaboración y presentación de su proposición, en lugar de esperar a haber sido excluida de la licitación, esgrimiendo que el citado pliego que consintió y aceptó no es conforme a derecho.

En este sentido, este Tribunal, en numerosas ocasiones (v.g. Resolución 330/2020, de 8 de octubre y 372/2020, de 6 de noviembre, entre otras) ha declarado que la doctrina sobre la inatacabilidad de los pliegos es, en principio aplicable, con independencia del vicio en que hayan podido incurrir los mismos, pues, en caso contrario, se estaría dejando al albur de las entidades licitadoras la elección del momento procedimental en que resultaría posible denunciar los vicios de los pliegos, pudiéndose dar la circunstancia de que una licitadora impugne los mismos, una vez concluida la licitación, por la única razón de haber sido excluida o no resultar adjudicataria.

Por lo demás, 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.

Así pues, debe concluirse que si una licitadora razonablemente informada y con normal diligencia puede entender las condiciones de la licitación en el momento en que se anuncia la misma y tiene o pudo tener conocimiento del contenido de los pliegos, debe impugnar dichas condiciones, si las considera ilegales, en el plazo legalmente establecido para recurrirlos, transcurrido el cual estos devienen inatacables.

En el supuesto examinado, el supuesto vicio de legalidad de la parte transcrita de la cláusula 3.3 del PPT se desprendía claramente de la simple lectura de la misma, pues la exigencia de que el edificio ha de disponer de muelle propio de carga y descarga y que ha de estar separado más de 15 de metros de otros colindantes es de una claridad meridiana, por lo que una entidad licitadora normalmente diligente y razonablemente informada debió impugnar lo reproducido de la cláusula 3.3 del PPT en el plazo de interposición del recurso contra los pliegos, si consideraba que su contenido no era ajustado a derecho.

Lo hasta ahora expuesto lleva a concluir que el requisito de que el local de depósito de archivo *«Será un edificio exento que disponga de muelle propio de carga y descarga. Las instalaciones estarán en edificios aislados, y separados más de 15 de metros de otros edificios colindantes»* quedó firme, sin que pueda acordarse ahora su anulación con motivo del recurso interpuesto por CABEZUDO contra la exclusión de su oferta.

Tal conclusión se hace aún más patente en el supuesto examinado donde se da la circunstancia de que la recurrente no combate sustantivamente en ningún momento la exclusión de su oferta por esos motivos, pues en su escrito de recurso no se atisba alegato alguno a favor de que su oferta cumpla dichas exigencias contenidas en la cláusula 3.3 del PPT. En tales circunstancias, una eventual estimación del recurso supondría dejar al albur de las entidades licitadoras el momento en que resultaría posible impugnar los vicios de los pliegos, pudiendo darse el caso de que una licitadora impugnase un pliego, una vez concluida la licitación, por la única y caprichosa razón de haber sido excluida o no resultar adjudicataria, como a todas luces se aprecia en el recurso aquí analizado donde, además, es discutible que el supuesto vicio de legalidad alegado que afecta a la cláusula 3.3 del PPT sea de nulidad radical, como pretende la recurrente.

Es más, este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos similares al ahora examinado, donde la entonces recurrente atacaba los pliegos de una licitación en el momento de la adjudicación del

contrato por el mero hecho de no haber resultado seleccionada su oferta, pero sin combatir sustantivamente la adjudicación a favor de otra entidad licitadora. Por todas, ha de referirse la Resolución 163/2015, de 5 de mayo, donde se sostenía lo siguiente: *«(...) el vicio de nulidad imputado al criterio relativo a las bonificaciones era claramente apreciable en el PCAP desde que éste se publicó, por lo que el recurrente pudo haber interpuesto un recurso contra el mismo alegando aquel vicio de invalidez, en lugar de presentar su oferta y aceptar íntegramente el PCAP (artículo 145.1 del TRLCSP).*

Y es que, en definitiva, no es lo mismo un vicio de nulidad cuya apreciación pueda resultar directamente de la redacción del criterio en el PCAP -que es lo que acontece en el caso aquí examinado-, que aquel vicio de nulidad que se detecta tras la valoración de las ofertas con arreglo al criterio en cuestión (...).

(...) si se estimara el recurso y se anulara la adjudicación junto a todo el proceso de licitación, se estaría dejando al albur de los licitadores tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento licitatorio, pudiendo darse la circunstancia de que un licitador impugne un pliego, una vez concluida la licitación, por la única y caprichosa razón de no haber resultado adjudicatario. Así, en el supuesto examinado se da la circunstancia de que la recurrente no combate sustantivamente en ningún momento el acto de adjudicación, pues en su escrito de recurso no se atisba alegato alguno en detrimento de las ofertas adjudicatarias de aquellos lotes que no le han sido adjudicados.

No en balde, el artículo 106 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, refiriéndose a la revisión de oficio de actos nulos y anulables, dispone que "Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes".

Ello quiere decir que la Administración puede no ejercer sus facultades de revisión respecto a un acto nulo cuando concurra alguna de las circunstancias expresadas en el precepto. Por tanto, este Tribunal con apoyo en el precepto legal citado entiende que, en el supuesto examinado, no procede apreciar la nulidad invocada por razones de seguridad jurídica, de buena fe de aquellos licitadores que realizaron sus ofertas ateniéndose a los pliegos y de interés público, dado el tiempo transcurrido desde que el criterio debió impugnarse y no se hizo, lo que ha permitido la culminación del proceso licitatorio.».

En este sentido, señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448), que puede resultar contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas y luego, al no resultar adjudicataria, se impugne la adjudicación argumentando que los pliegos consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico, concluyendo el Alto Tribunal que toda 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 definitiva, respecto a los motivos que se analizan en el presente alegato, la oferta de la entidad CABEZUDO no ha cumplido las exigencias previstas en la parte de la cláusula 3.3 del PPT examinada, que dispone que el local de depósito de archivo *«Será un edificio exento que disponga de muelle propio de carga y descarga. Las instalaciones estarán en edificios aislados, y separados más de 15 de metros de otros edificios colindantes»*, incumplimiento que no combate ni discute la recurrente en su escrito de recurso en el que no defiende que su oferta se ajuste al PPT en estos concretos aspectos, sino que solo denuncia el contenido reproducido de la citada cláusula 3.3 del PPT, como se ha puesto de manifiesto en el presente fundamento.

SÉPTIMO. Además de impugnar de forma indirecta el contenido antes transcrito y analizado de la mencionada cláusula 3.3 del PPT, la recurrente en el cuerpo de su escrito de recurso combate el resto de los incumplimientos en que a juicio del órgano de contratación incurría su oferta.

Al respecto, el análisis de dichas cuestiones planteadas por la recurrente devendría innecesario, dado que el incumplimiento de los requisitos exigidos en los pliegos no admite graduación en cuanto al número de ellos; el hecho de que una empresa licitadora no observe una exigencia del pliego es motivo suficiente para la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación, no siendo por tanto ni tan siquiera necesario que se produzcan dos, tres o más incumplimientos. En este sentido se ha expresado este Tribunal, entre otras, en sus Resoluciones 200/2016, de 9 de septiembre, 298/2016, de 18 de noviembre, 36/2017, de 15 de febrero, 35/2018, de 8 de febrero y 23/2020, de 30 de enero.

En consecuencia, en base a las consideraciones realizadas, procede desestimar en los términos expuesto el recurso formulado por la entidad CABEZUDO.

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 **CABEZUDO GESTIÓN DOCUMENTAL, S.L.** contra la resolución, de 21 de diciembre de 2020, del órgano de contratación por la que se excluye su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado "Servicio de depósito, custodia y gestión de la documentación del Servicio de Valoración de la Dependencia de Cádiz y del Servicio de Valoración de la Dependencia de Málaga, adscritos a la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía" (Expte. CA-19/2019), respecto del lote 2, convocado por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, entre adscrito a la Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, respecto al lote 2, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 28 de enero de 2021.

TERCERO. Declarar que no se aprecia la temeridad o mala fe en la interposición del recurso, alegada por la entidad interesada, 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.