Recurso 518/2021
Resolución 10/2022

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

Sevilla, 14 de enero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE LA DEPENDENCIA** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato denominado "Servicio de ayuda a domicilio, tanto el derivado del Sistema Andaluz de Atención a la Dependencia como el no vinculado a la Ley de Dependencia (antiguo Plan Concertado)" convocado por el Ayuntamiento de Alhama de Almería (Expte. 2021/401140/006-302/00004), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Federación Empresarial de la Dependencia (en adelante FED) interpuso un previo recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares de una contratación anterior con el mismo objeto, promovida por la Corporación Local citada. Tras conocer los motivos en que se sustentaba el citado recurso, el órgano de contratación desistió del procedimiento de adjudicación lo que determinó que este Tribunal dictara la Resolución 417/2021, de 28 de octubre, declarando concluso el procedimiento por pérdida sobrevenida del objeto del recurso.

Tras el desistimiento del anterior procedimiento de adjudicación, el 22 de octubre de 2021 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea un nuevo anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación urgente, del contrato indicado en el encabezamiento; y el 21 de octubre de 2021, el citado anuncio se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público. El valor estimado del contrato asciende a 3.700.159,59 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

SEGUNDO. El 12 de noviembre de 2021, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la FED contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) que, entre otra documentación, rige la nueva contratación promovida por el Ayuntamiento de Alhama de Almería, tras el desistimiento de la licitación inicial.

El mencionado escrito de recurso fue remitido por la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, requiriéndole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, posteriormente, fue recibida en el Tribunal.

El 3 de diciembre de 2021, este Tribunal denegó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato, instada por la Federación recurrente.

Habiéndose conferido trámite de alegaciones a los interesados en el procedimiento por plazo de cinco días hábiles con traslado del escrito de recurso, no se ha recibido ninguna en el plazo legal citado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que el Ayuntamiento de Alhama de Almería no ha manifestado que disponga de órgano propio -o a través de la Diputación Provincial respectiva- para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la Federación recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *"Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*
(…) En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados".

Asimismo, el artículo 24, apartado 1 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual (en adelante el Reglamento), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, señala que *"Sin perjuicio de los supuestos generales previstos en el artículo 42 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y en el 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, los recursos regulados en este Reglamento podrán ser interpuestos por las asociaciones representativas de intereses relacionados con el objeto del contrato que se impugna exclusivamente cuando lo sean para la defensa de los intereses colectivos de sus asociados".*

El recurso se fundamenta en que el presupuesto de licitación, el valor estimado y el precio del contrato vulneran lo dispuesto en la LCSP. Conforme al artículo 4 de sus estatutos, la FED tiene como fines la defensa, representación y gestión de los intereses comunes de sus asociados. Por consiguiente, a la vista del motivo en que dicha federación funda la impugnación del PCAP, queda justificado su interés legítimo en el ejercicio de la representación y defensa de sus asociados, debiendo reconocérsele legitimación al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Acto recurrible

El recurso se interpone contra el PCAP que rige la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El apartado b) del artículo 50.1 de la LCSP, dispone que *"El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*
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 analizado, el PCAP no consta publicado en el perfil de contratante, si bien la recurrente manifiesta que lo fue en la página web del municipio. En cualquier caso, aun computando el plazo legal de interposición del recurso desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante el 21 de octubre 2021, el recurso presentado en el Registro electrónico del Tribunal el pasado 12 de noviembre de 2021 se ha formalizado en plazo.

QUINTO. Sobre el fondo del asunto: alegaciones de las partes y consideraciones del Tribunal.

La FED solicita la anulación del PCAP, fundando su impugnación en que este vulnera lo dispuesto en los artículos 100 y siguientes de la LCSP en lo que se refiere al presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato.

Sostiene, en síntesis, que el Anexo I del citado pliego no contiene los desgloses ni incluye los conceptos y costes señalados en los citados preceptos legales. En su informe al recurso, el órgano de contratación opone, entre otros argumentos, que *«Lo que no se considera lógico es que, si los aspectos impugnados en un pliego que se recurre están planteados en términos exactamente iguales que en un pliego de una licitación anterior que ha sido recurrido por otro motivo, no se haya planteado todo lo que se considera no ajustado a Derecho de una vez en el mismo recurso y se vaya haciendo en recursos sucesivos que dilatan en el tiempo la adjudicación de un contrato.*

Esto es lo que ha sucedido en el caso del Ayuntamiento de Alhama de Almería, el cual comenzó la licitación del contrato de servicios para la gestión de la ayuda a domicilio, por un procedimiento abierto sujeto a regulación armonizada en el mes de agosto de 2021. La Federación empresarial de la Dependencia presenta un recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares con relación a uno de los criterios de adjudicación. Se optó por desistir del procedimiento porque el mismo había sido suspendido como aplicación de medida cautelar por el TARCJA y por la urgencia de adjudicar este contrato ya que el 31 de diciembre de 2021 finaliza el actual y este es un servicio que no se puede interrumpir bajo ningún concepto porque se trata de atender a personas dependientes.

Se incoa de nuevo un procedimiento de licitación para adjudicar el mismo contrato de servicios con un pliego de cláusulas administrativas particulares que es exactamente igual que el del anterior salvo en un aspecto, que es la eliminación del criterio de adjudicación impugnado.

Con fecha de 12 de noviembre de 2021 la entidad denominada Federación Empresarial de Asistencia a la Dependencia interpone de nuevo recurso especial en materia de contratación ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía contra el pliego de cláusulas administrativas particulares del segundo proceso de licitación, habiendo solicitado como medida cautelar la suspensión del procedimiento en tanto en cuanto se resuelva el recurso.

El motivo de la interposición del recurso resulta ser que el cálculo del presupuesto base de licitación, el valor estimado del contrato y el precio del mismo no se ajustan a derecho. Los aspectos impugnados están contemplados exactamente igual en el pliego de la primera licitación recurrida que en el pliego de la segunda licitación recurrida porque el pliego de cláusulas administrativas particulares es el mismo para las dos, por lo que entendemos que este aspecto podía haberse impugnado en el primer recurso presentado y no interponer uno nuevo (solicitando la medida cautelar de suspensión) con unos argumentos que podían haber esgrimido en el primer recurso porque ya estaban planteados de la misma forma.

Entendemos que la Federación Empresarial de la Dependencia no está obrando de buena fe y que está paralizando de manera injustificada la actividad de esta Administración, máxime cuando el servicio que se quiere adjudicar está destinado a un espectro de población que no puede prescindir de él ni un solo día».

Procede, pues, con carácter previo a cualquier análisis del fondo del escrito de impugnación, examinar si procede la admisión de este recurso especial de la FED contra el nuevo PCAP. En efecto, este Tribunal ha comprobado que la Federación recurrente está impugnando el apartado 16 del Anexo I del PCAP sobre *"Gasto máximo autorizado y precio hora del servicio",* cuya redacción es idéntica al mismo apartado del citado anexo del anterior PCAP, también recurrido por la FED pero por otro motivo distinto al actual en el que atacaba un concreto criterio de adjudicación que valoraba la experiencia.

Es doctrina de este Tribunal (v.g. Resoluciones 408/2015, de 4 de diciembre, 94/2016, de 6 de mayo, 151/2016, de 1 de julio, 125/2018, de 4 de mayo y 414/2020, de 26 de noviembre, entre otras) que no es posible impugnar las cláusulas de un pliego cuyo contenido resulta idéntico al de las cláusulas de un pliego anterior recurrido por el mismo interesado -y anulado por el Tribunal- pero por otros motivos y atacando otras cláusulas diferentes.

Así, en nuestra Resolución 414/2020, de 26 de noviembre, señalábamos que:

> *«(…) no cabe pasar por alto que los pliegos ahora impugnados traen causa de otros anteriores con el mismo objeto y similar clausulado, donde el contrato se calificaba igualmente como servicio y no como concesión de servicios.*
>
> *Esos pliegos -de los que traen causa los ahora recurridos- fueron anulados por este Tribunal en su Resolución 49/2020, estimatoria del recurso interpuesto por la misma recurrente; no obstante, en aquel caso CEMEDI no cuestionó la calificación jurídica del contrato asumiendo la naturaleza de la prestación como propia de un contrato de servicios, impugnándola ahora cuando nada ha cambiado en unos y otros pliegos en este particular extremo.*
>
> *Así las cosas, es obvio que, bien invocando la doctrina del acto firme y consentido apreciada por este Tribunal en supuestos similares al planteado (v.g: Resoluciones 408/2015, de 4 de diciembre y 94/2016, de 6 de mayo, entre otras), bien la denominada doctrina de los actos propios consistente en la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, el motivo debe ser inadmitido.*

La argumentación de las Resoluciones 408/2015, de 4 de diciembre y 94/2016, de 6 de mayo, de este Tribunal ha sido, en síntesis, la siguiente:

1. Si un licitador pudo impugnar determinadas cláusulas de un pliego y no lo hizo, no puede hacerlo con ocasión del nuevo pliego que se apruebe como consecuencia de haber sido anulado el primero, pues el contenido de aquellas cláusulas quedó ya firme.

2. Si fuese permitido el anterior proceder de los interesados, es decir, si se admitiera un nuevo recurso contra cláusulas que no fueron impugnadas en un primer recurso contra el pliego y que vuelven a tener el mismo contenido en el pliego posterior que es reproducción parcial de aquel, dicho clausulado nunca adquiriría firmeza y su plazo de impugnación no precluiría, lo que no puede admitirse por elementales razones de seguridad jurídica, principio que es de alcance constitucional y se consagra en el artículo 9.3 de la Constitución.

3. No es admisible el recurso especial frente a cláusulas de un nuevo pliego que no fueron impugnadas con ocasión del recurso contra el anterior pliego anulado, tal como establece para los recursos jurisdiccionales el artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa : "No es admisible el recurso contencioso- administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma".

4. La Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2003, de 10 de febrero, resulta ilustrativa al respecto y zanja cualquier duda sobre esta materia al señalar que "los actos confirmatorios –al igual que ocurre con los reproductorios a los que se refiere también el precepto legal que estamos examinando– no son en realidad actos nuevos, sino que se limitan a reiterar lo ya declarado en otra resolución anterior que es firme, por lo que, si se permitiera la impugnación de este tipo de actos, se estarían recurriendo en realidad actos que no son susceptibles de recurso. En definitiva, las mismas razones de seguridad jurídica que justifican la preclusividad de los plazos procesales son las que justifican que dichos plazos no puedan reabrirse forzando la producción de un acto cuyo contenido es el mismo que otro anterior que es firme por no haber sido recurrido en tiempo o forma. (…) dicho acto, como se ha indicado, no es un acto nuevo, sino que se limita a reiterar el contenido de otro anterior que, en su momento, pudo ser impugnado."

En el supuesto enjuiciado, aplicando la doctrina expuesta en estas resoluciones del Tribunal, no puede CEMEDI impugnar la calificación jurídica del contrato en los nuevos pliegos cuando consintió tal calificación jurídica en los anteriores de los que aquellos traen causa y sin haberse alterado en modo alguno las condiciones de la primera licitación en este particular extremo. El clausulado que conforma la prestación como de servicios quedó firme al no ser combatido en el primer recurso de CEMEDI, sin que ahora pueda ser cuestionado por esta. Ello determina la inadmisión del recurso respecto al motivo analizado en este fundamento».

También el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha sostenido el criterio expuesto. En concreto, en su Resolución 462/2013, de 23 de octubre, señalaba que *«procede también inadmitir el resto de motivos de impugnación que ahora incluye (nuevas cuestiones relacionadas con el IVA, insuficiencia del presupuesto del contrato, no diferenciación económica de las partidas del pliego lo que ocasiona indefensión y perjuicio económico para su empresa si se da por finalizado el contrato) en la medida que no fueron alegados en su día por la recurrente cuando impugnó el anuncio de licitación publicado en el BOP de Alicante el 31 de julio,*

pudiendo perfectamente haberlo hecho, por lo que debe considerarse que, en lo referente a los mismos, en cuanto que se trata de aspectos del anuncio y del PCAP que no han sido objeto de ninguna variación, tanto uno como otro quedaron en su día confirmados por su falta de impugnación, por lo que, al tratarse en este caso de un mera reproducción de los anteriores anuncio y pliegos firmes y consentidos, alcanzaron a su vez firmeza, sin que puedan ahora ser impugnados en la presente vía administrativa, tal como, respecto de los recursos jurisdiccionales, establece el artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que declara inadmisible el recurso "respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma"».

Y el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en su Resolución 53/2020, de 10 de marzo, también comparte este criterio al manifestar que «*Contrastados ambos pliegos, se observa que, si bien con una sistemática ligeramente diferente y con una variación en la redacción del primer punto del criterio "Medidas de carácter social" que se analizará posteriormente, los criterios de adjudicación que ahora se impugnan ya existían en el PCAP que rigió el procedimiento de adjudicación cancelado por la Resolución 034/2019 de este OARC / KEAO. Consecuentemente, la base fáctica sobre la que se sustenta el recurso que ahora se analiza ya existía y podía ser conocida cuando se publicó el primer procedimiento de adjudicación. El actual recurrente no lo hizo así, y su pretensión de hacerlo ahora no puede ser aceptada, ya que ello supondría mantener permanentemente abierto el plazo de interposición del recurso especial, cuando su carácter preclusivo es parte fundamental del sistema establecido en la LCSP y el Derecho comunitario que ésta incorpora (ver Resoluciones 24/2014, 26/2015, 152/2018, 76/2019 y 108/2019 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Universale-Bau AG y otros contra Entsorgungsbetriebe, C- 470/99, de 12 de diciembre de 2002, apartados 75 y 76). La completa consecución de los objetivos del recurso especial (su rápida resolución para reparar la ilegalidad observada), así como los objetivos de la compra pública, se verían comprometidos si los candidatos y licitadores pudieran impugnar una a una las diversas irregularidades del PCAP, obligando a la entidad adjudicadora a reiniciar nuevamente el procedimiento de contratación por cada uno de los recursos. Es decir, de admitirse la posibilidad de impugnar cualquiera de las cláusulas de un pliego cada vez que se procediese a su publicación como consecuencia de la estimación de un recurso especial, éste se podría convertir en un instrumento para dilatar el procedimiento de contratación, perdiendo la finalidad que persigue y creando inseguridad en los potenciales licitadores en lo referente a la firmeza del pliego que se licita. Debe resaltarse que la cuestión sería distinta si el recurso se basara en un motivo referido a cláusulas nuevas o actuaciones propias del nuevo procedimiento de adjudicación (ver, en este sentido, la Resolución 112/2014 y 26/2015 del OARC / KAO)*».

Aplicando la doctrina expuesta al supuesto ahora analizado, nos encontramos con que la FED combate en un nuevo recurso especial el apartado 16 del Anexo I del PCAP sobre el presupuesto base de licitación, valor estimado y precio del contrato, cuando este apartado tenía la misma redacción en el anterior pliego impugnado por la propia federación quien, en ese momento anterior, no dedujo alegato alguno frente a la citada cláusula. Ello determina, por razones elementales de seguridad jurídica y preclusividad de los plazos, que el citado apartado 16 del PCAP tenga ya un contenido firme y consentido no pudiendo ser objeto de nueva impugnación bajo la apariencia formal de que estamos ante un nuevo pliego distinto al anulado; pues dicho pliego es reproducción parcial del anterior que ya quedó firme y consentido en todos los aspectos que no fueron denunciados y combatidos.

Asimismo, en nuestra Resolución 414/2020, de 26 de noviembre, añadíamos que a la misma consecuencia de inadmisión del recurso se llega acudiendo a la doctrina de los actos propios, plasmada en el aforismo latino *"Venire contra factum proprium non valet"*, a la que se refiere la Sentencia 73/1998, de 21 de abril, del Tribunal Constitucional cuando señala que *"(…) la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de venire contra factum proprium, surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido*

objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos" y la Sentencia 20/2020 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de enero de 2020 [Roj: STS 54/2020] al afirmar que *«En la STS de 19 de marzo de 2007 (RC 6169/2001) hemos recordado que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consideran que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes "venire contra factum propium"».*

De lo anterior se infiere que la doctrina de los actos propios tiene su último fundamento en la protección de la confianza y en el principio general de la buena fe en el ejercicio de los derechos que preside las actuaciones procesales. Ambos principios -confianza legítima y buena fe- imponen un deber de coherencia y limitan la libertad de actuación cuando se hayan creado expectativas razonables o una situación de derecho que no puede ser alterada unilateralmente por quien se halla obligado a respetarla.

En el caso aquí analizado, teniendo en cuenta que la FED no cuestionó en modo alguno el presupuesto, valor estimado ni precio del contrato en el primer recurso especial contra el PCAP, debió observar en el segundo recurso contra el nuevo pliego de la misma contratación la conducta que esa actuación anterior hacía prever; es decir, que no iba a esgrimir un motivo que, pudiendo perfectamente haberlo deducido en la primera impugnación, no lo hizo generando con ello en la Administración contratante la confianza de que se aquietaba al contenido del pliego en esos particulares extremos.

Procede, pues, inadmitir el recurso especial, de conformidad con las dos doctrinas expuestas del acto firme y consentido y de los actos propios.

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

ACUERDA

ÚNICO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **FEDERACIÓN EMPRESARIAL DE LA DEPENDENCIA** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir el contrato denominado "Servicio de ayuda a domicilio, tanto el derivado del Sistema Andaluz de Atención a la Dependencia como el no vinculado a la Ley de Dependencia (antiguo Plan Concertado)" convocado por el Ayuntamiento de Alhama de Almería (Expte. 2021/401140/006-302/00004), de acuerdo con lo expuesto en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución.

NOTIFÍQUESE 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.