Recurso 296/2021
Resolución 42/2022

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

Sevilla, 21 de enero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN OBRAS CRISTIANAS DE GIBRALEÓN** contra la resolución de 1 de junio de 2021, por la que se adjudica el contrato denominado "Servicio para la contratación de 28 plazas de acogimiento residencial en la provincia de Huelva para menores que se encuentren bajo la protección de la Administración de la Junta de Andalucía" (Expte.: CONTR 2020 0000528892 (21-17/SER-20), en relación a los lotes 1 (Huelva cinturón 1) y 2 (Huelva cinturón 2) promovido por la Delegación Territorial de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en Huelva, este Tribunal en sesión celebrada en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 14 de agosto de 2020 se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Igualmente se publicó el 14 de agosto de 2020 en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El valor estimado del contrato asciende a 3.679.200,00 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales en Andalucía, 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 (en adelante Real Decreto 817/2009) 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.

TERCERO. El 13 de octubre de 2020 la mesa de contratación acuerda la exclusión de la EMPRESA DE DIVERSIFICACIÓN INTEGRAL DEL ANDÉVALO, S.L.U, (posteriormente la adjudicataria) de los lotes 1 y 2, al considerar no acreditada la solvencia técnica o profesional en los términos establecidos en el anexo XVI del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. La citada empresa interpuso recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación de los mencionados lotes, habiendo sido notificada a las entidades licitadoras, en tiempo y forma, y publicadas en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, alegando que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 90.1.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), para la determinación de los servicios de igual o similar naturaleza al que constituye el

objeto del contrato habrá que atender a la similitud de los tres primeros dígitos de los respectivos códigos CPV, alegando coincidencia entre el dispuesto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el que corresponde a las actividades desarrolladas por la empresa.

El recurso especial entonces interpuesto fue estimado por la Resolución 127/2021, de 8 de abril de 2021 y en la misma se acordó el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación. Posteriormente con fecha 1 de junio de 2021, se acordó la adjudicación de los lotes 1 y 2 a favor de la Empresa de Diversificación Integral del Andévalo, S.L.U. (en adelante EDIA).

El 22 de junio de 2021 tiene entrada en el Registro del Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad recurrente (la inicialmente adjudicataria).

CUARTO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se da traslado al órgano de contratación del escrito de recurso y se le solicita que aporte el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. La documentación requerida se ha recibido.

QUINTO. Con fecha 4 de agosto de 2021, este Tribunal acordó, previa petición por el órgano de contratación de levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, el mantenimiento de la suspensión por los motivos que en ella constan.

SEXTO. La Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso al resto de licitadoras, concediéndoles un plazo de 5 días hábiles siguientes a su recepción para que formularan las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado la entidad adjudicataria.

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

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

El objeto de la licitación, según consta en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), es un contrato administrativo especial cuyo valor estimado superior a 100.000 euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, y es objeto del recurso la adjudicación de determinados lotes de la licitación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1 c) y 2.c) de la LCSP.

Deben destacarse las peculiaridades que, en el presente caso, se dan en atención a la naturaleza jurídica del contrato concernido. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.2 del Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el

que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales nos encontramos ante un contrato administrativo especial. Una de las novedades de la LCSP ha sido la extensión del recurso especial en materia de contratación a este tipo de contratos, la cual ha de realizarse con las debidas cautelas, atendiendo a su propio fundamento y a los principios cuyo cumplimiento trata de garantizar conforme a la LCSP.

El artículo 44 1.c) segundo párrafo de la LCSP establece que serán igualmente recurribles los contratos administrativos especiales cuando, por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o, en otro caso, cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios, es decir, 100.000 euros, circunstancia que concurre en el presente caso.

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".

En el supuesto analizado, el recurso presentado se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

No obstante, se tiene en cuenta que el acto impugnado, si bien directamente se ataca la adjudicación, sustantivamente se combate el pliego, a través de la formulación de un recurso indirecto, cuestión que se aborda a continuación.

QUINTO. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Por un lado, alega la nulidad de la resolución recurrida, por la oscuridad e incomprensión de algunas de las cláusulas del PCAP y del PPT. Pretende impugnar los pliegos ahora en el momento de la adjudicación, y ello lo justifica y argumenta basándose en reconocida jurisprudencia y doctrina la cual que no se reproduce por evitar reiteración[1], es decir, que excepcionalmente procede una impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente, cuando adolecen de un vicio de nulidad de pleno Derecho, o cuando resultan oscuros e incomprensibles para un licitador informado y diligente[2]. Debe poder permitirse la existencia de un conocimiento previo de cuáles son los criterios de adjudicación y de cómo se aplicarán.

Sobre dicha base argumental señala que existe nulidad de pleno Derecho por oscuridad e incomprensión de los criterios de acreditación de solvencia técnica o profesional contenidos en los pliegos. Y ello lo fundamenta en la nulidad relacionándolo a los criterios de adjudicación.

Afirma que en el Anexo XVI del PCAP se recoge expresamente como primer criterio de acreditación de la solvencia técnica o profesional el siguiente:

1 Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso, número 438/2021, de 24 de marzo (recurso de casación 7844/2019

2 Sentencia eVigilo de 12 de marzo de 2015 (Asunto C-538/13, eVigilo Ltd, (ECLI:EU:C:2015:166) TJUE los criterios de adjudicación de los contratos deben figurar en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones de modo que todos los licitadores, razonablemente informados.

"1. Relación de los principales servicios realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, atendiendo a tal efecto al sistema establecido en el anexo I, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes. Los servicios efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público; cuando el destinatario sea un comprador privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario.

El periodo para tener en consideración los servicios realizados será el de los tres últimos años, salvo que en el anexo I se establezca otro mayor, para garantizar un nivel adecuado de competencia y previa justificación en el expediente."

Se plantea de nuevo el hecho de la exclusión de la entidad EDIA, objeto del recurso 369/2020, y que ya fue resuelto por este Tribunal en sentido estimatorio. Señala que, si la mesa la excluyó por no acreditar la solvencia técnica o profesional conforme al Anexo XVI , sin embargo, este Tribunal estimó el recurso.

Afirma que este Tribunal lo estimó "*a pesar de que desde la propia Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, Delegación Provincial de Huelva, se había emitido Informe del órgano de Contratación de fecha 11 de noviembre de 2020, en el que se hace constar que mantiene que los servicios prestados por EDIA no guardan relación con el objeto del contrario, dado que no han prestado servicios a un colectivo tan especial como es el de menores tutelados, y que por tanto no cumple con el criterio de solvencia técnica o profesional requerida, procediendo su exclusión de la licitación".*

Estima por ello, que existe nulidad de pleno derecho del PCAP o bien evidente oscuridad en relación a los criterios empleados para la acreditación de la solvencia técnica o profesional requerida para la adjudicación del contrato. Señala que es muestra de ello la contradicción de criterios entre mesa y el Tribunal. [3]

Explica por un lado la oscuridad que dice que consiste en:

- Que siendo el objeto del contrato la prestación del Servicio de acogimiento residencial de menores que se encuentren bajo la atención inmediata, guarda o tutela de la Junta de Andalucía, señala que debe ser prestado por profesionales "*con alta cualificación, especialización y gran experiencia en la materia".* Argumenta que el término "*principales servicios realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato"* habría de ser interpretado en su tenor más literal.

-Estima que "*no puede equipararse la prestación de servicios de ayuda a domicilio y servicios de centros de día (única experiencia con la que cuenta EDIA) con el acogimiento de menores tutelados*". Señala para ello que el PPT avala esta interpretación literal, dado que recoge en su apartado 5.2, en cuanto a la adjudicataria: "e*ntre sus fines estatutarios deberá figurar la protección de menores*". En el mismo sentido, el apartado 6.1 del PCAP exige que *"Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus propios estatutos o reglas fundacionales le sean propios".*

- Alega que los pliegos deben respetar lo dispuesto en el artículo 8.1a) del Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales, señalando que ahí en donde se

3 Se ha de poner de manifiesto esta fecha de 11 de noviembre de 2020, fecha de emisión del informe, pues determina el momento en la que conoce el criterio del órgano de contratación sobre el PCAP.

encuentra la contradicción del pliego, pues señala que a pesar de que resulta evidente, no procede estimar la acreditación de la solvencia técnica profesional en este supuesto en base a la generalidad de los términos del código CPV. Argumenta que es la redacción del propio PCAP la que induce a que otro órgano administrativo distinto, en este caso este Tribunal concluya que los códigos CPV resulten determinantes para acreditar dicha solvencia. Y ello supone en este caso, una adjudicación a una entidad que incumple todos los criterios recogidos tanto en los Pliegos como en la legislación específica de aplicación que se ha invocado, al carecer de experiencia alguna en el acogimiento y trato con menores.

Concluye que procedería la nulidad del pliego por nulidad de pleno derecho, además de oscuridad, contradicción y ambigüedad de los apartados relativos a la acreditación de la solvencia técnica y profesional de los licitadores.

Otro motivo de nulidad del pliego es no recoger expresamente la obligación legal de subrogación de los trabajadores prevista en el convenio colectivo aplicable. Así señala que el artículo 130 de la LCSP recoge en su apartado 1 que *"Cuando una norma legal un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, imponga al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo".* Señala que es aplicable el III Convenio Colectivo Estatal de Reforma Juvenil y Protección de Menores, según se recoge en el propio PCAP**.**

Posteriormente denuncia el incumplimiento de la adjudicataria de algunas de las obligaciones recogidas en los pliegos, que conllevaría la exclusión de ésta del procedimiento de contratación. De este modo alega:

- Por un lado, el incumplimiento del fin estatutario de la protección de menores.

Alega que el PPT en su apartado 1, referido al objeto del contrato señala que: *"(…) La red de centros de protección de Andalucía presta el servicio de acogimiento residencial de menores que se encuentran bajo atención inmediata, guarda o tutela de la Junta de Andalucía y responde a un modelo de atención donde prevalece el interés superior del menor, que presidirá todas las actuaciones y decisiones que se adopten en relación a su vida y convivencia en el centro (…)".*

Señala que el Pliego en su apartado 5.2, en cuanto a la adjudicataria, prevé que *"entre sus fines estatutarios deberá figurar la protección de menores".*

En el mismo sentido, el apartado 6.1 del PCAP exige que *"Las personas jurídicas solo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus propios estatutos o reglas fundacionales le sean propios".* Señala que el objeto social de EDIA viene detallado en el artículo 2 de los estatutos expresando que no existe referencia a los menores, ni a la protección de los mismos.

- Por otro lado, alega el incumplimiento de la presentación de autorización de funcionamiento para acogimiento de menores. Señala que el PPT establece como requisito indispensable para poder comparecer a la licitación, (apartado 5.2, obligaciones de carácter administrativo) que la entidad debe "*estar inscrita en el Registro de Entidades y Centros de Servicios Sociales de Andalucía, de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, según se*

establece en el Decreto 87/1996, de 20 de febrero, por el que se regula la autorización, registro, acreditación e inspección de los Servicios Sociales de Andalucía, modificado por el Decreto 102/2000, de 15 de marzo y el Decreto 153/2011, de 10 de mayo, sí como de acuerdo a lo establecido en la Orden de 28 de julio de 2000 por la que se regulan los requisitos materiales y funcionales de los servicios sociales de Andalucía" .

En el mismo apartado, recoge lo siguiente:

"Los inmuebles donde las entidades adjudicatarias van a ejecutar y desarrollar el programa, deberán tener concedida o solicitada, con carácter previo a la firma del contrato, la autorización de funcionamiento o la solicitud para su concesión, así como estar inscritos en el Registro de Entidades, Servicios y Centros de Servicios Sociales, según lo dispuesto en el Decreto 87/1996, de 20 de febrero, por el que se regula la autorización, registro, acreditación e inspección de los Servicios Sociales de Andalucía, modificado por el Decreto 102/2000, de 15 de marzo y el Decreto 153/2011, de 10 de mayo. Para poder participar en la licitación, deberá presentarse dicha autorización de funcionamiento; en caso de no tener la entidad concedida la autorización de funcionamiento para el centro, deberá presentar un informe firmado por arquitecto y visado por el colegio profesional correspondiente que certifique que el inmueble cumple los requisitos materiales para llevar a cabo un programa de acogimiento residencial de menores establecidos en la Orden de 28 de julio de 2000, conjunta de las Consejerías de la Presidencia y de Asuntos Sociales, por la que se regulan los requisitos materiales y funcionales de los Servicios y Centros de Servicios Sociales de Andalucía y se aprueba el modelo de solicitud de las autorizaciones administrativas".

Señala que, al no constar aportados por la adjudicataria ni la autorización de funcionamiento, ni tampoco los informes firmados por Arquitecto y visados en los términos requeridos, debió excluirse de la licitación a la adjudicataria, al carecer de un requisito indispensable como es el cumplimiento del área de influencia del centro de escolarización de los menores según la regulación del Anexo I del PCAP es decir, que ha de garantizar su escolaridad en el centro educativo donde estén cursando sus estudios, debiendo estar ubicados los recursos residenciales en la zona de influencia de estos.

-Asimismo alude a que existe incumplimiento de los criterios de solvencia técnica o profesional, es decir, la adjudicataria no cumple con el requisito de solvencia técnica o profesional exigido, aunque se dé la circunstancia de que los dos primeros dígitos del su CPV coinciden con el del contenido en los Pliegos de contratación. Invoca el artículo 8.1a) del Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales.

-Por último, estima que la oferta incurre en valores de anormalidad. Estima que el gasto salarial no es el único a tener en cuenta para poder cumplir con el contrato, sino que han de ser considerados los gastos de mantenimiento del Centro, tales como alimentación, vestuario, transporte, estudios, seguros, actividades, etc., todos ellos con un mínimo mensual (muy a la baja) de 5.000 euros, es decir, que el gasto anual supera con creces el importe licitado por la adjudicataria.

2. Alegaciones del órgano de contratación.

A. Por un lado alega que no es posible la pretensión principal de nulidad de la resolución recurrida por oscuridad e incomprensión de cláusulas contenidas en los pliegos, dada la cualidad de lex contractus de los pliegos una vez que adquieren firmeza, y su carácter vinculante no sólo para los licitadores sino también para el órgano de

contratación redactor de sus cláusulas, quien tras la aprobación y publicación de aquel se autolimita en su facultad de apreciación.

Limita la posibilidad de apreciar la eficacia de los recursos previstos en el sentido de la Sentencia TJUE "eVigilo" estimando que solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. Estima que para que pudiera prosperar el recurso en el sentido que invoca la recurrente debería darse las siguientes premisas:

"1. Que en la estipulación del pliego concurra un vicio de legalidad que conlleve su nulidad de pleno derecho.
2. Que la declaración de nulidad sea congruente con la pretensión, como exige el articulo 47.2 TRLCSP.
3. Que se trate de una estipulación que posibilite, incluso hipotéticamente, una actuación arbitraria -no solo ilegal- del poder adjudicador a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de dictar el acto que sustituya al anulado, el órgano de contratación sería igualmente libre para perpetrar otra arbitrariedad, pues precisamente el vicio de la estipulación controvertida radica en que concede al órgano de contratación una libertad ilimitada en el procedimiento de adjudicación.

Así pues, cuando concurran las tres excepciones expuestas, puede apreciarse la nulidad de aspectos o criterios de los pliegos con ocasión del recurso interpuesto contra el acto de adjudicación del contrato."

A lo anterior ha de adicionarse la doctrina jurisprudencial que proscribe la actuación contraria a los propios actos (venire contra factum proprium non valet), y, en última instancia, en la buena fe. Entiende que debe analizarse también si se alega la nulidad de los pliegos ahora *"con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente".*

B. Sobre la subrogación del personal, alude a jurisprudencia del Tribunal Supremo señalando que la obligación o no de subrogar a los trabajadores vendrá o no impuesta por las disposiciones legales o con eficacia normativa, tal es el caso de los convenios colectivos, en cada caso aplicables, y no por el propio pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral.

C. Sobre el incumplimiento de la adjudicataria de la solvencia técnica señala que ello fue objeto de controversia y que fue resuelta por este Tribunal en la Resolución 127/2021, de 8 de abril. Asimismo, menciona el Informe 1/2014, de 20 de marzo, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública, sobre capacidad para contratar con la Administración, en el que se analiza la necesidad de adecuación del objeto social de las empresas licitadoras al objeto de un contrato:

"A la vista de los citados artículos 10 y 57.1 del TRLCSP, ha de afirmarse que nuestra legislación de contratos no aborda el alcance o grado de amplitud con que debe estar definido el objeto social, así como la necesidad de equivalencia o identidad entre el mismo y las prestaciones objeto del contrato o bien el suficiente encaje de tales prestaciones dentro de un objeto social definido en términos amplios".

Alega a jurisprudencia sobre la innecesaria exigencia de identidad entre el objeto social y el del contrato. Afirma que el órgano de contratación no ha podido considerar, en trámite de adjudicación, ni para el objeto social ni para la autorización de funcionamiento más requisitos que los expresamente recogidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, siendo que le asisten, para el caso de los incumplimientos futuribles denunciados

para con las prescripciones técnicas, las prerrogativas y acciones que determinan los arts. 190 y siguientes de la LCSP y las conferidas por el art. 62 al responsable del contrato.

D. Sobre la baja anormal se remite al Anexo XII del PCAP, y en relación a la redacción del artículo 149 LCSP, para concluir señalando por un lado que las prestaciones complementarias no deben entenderse fundamentales para la ejecución del contrato, entendiendo que "*las mejoras suponen un incremento del coste para quien las ofrece, de la misma forma que le resto de los criterios de valoración*", que "*ofertar o no las mejoras que se proponen habrá podido ser libremente escogido por los licitadores, por lo que se respetará el principio de igualdad de trato",* para terminar indicando que "*nunca se podrá sustituir la ejecución de las mejoras por bajadas posteriores en el precio del contrato, dado que eso supondría que se varíen los parámetros en los que se ha basado la adjudicación del mismo".* Asimismo, entiende que esta alegación ahora es extemporánea contra el pliego por dicha causa.

SEXTO. Consideraciones del tribunal

1. Resolución anterior 127/2021. Doctrina sobre la denominada cosa juzgada administrativa.

La resolución citada, la 127/2021 recaída en el recurso 369/2020, de 8 de abril de 2021, tenía como objeto la impugnación de la exclusión de la actual adjudicataria donde se determinaba lo siguiente:

a) Basándose en la doctrina de este Tribunal acerca de la cualidad de lex contractus de los pliegos una vez que adquieren firmeza, y su carácter vinculante, no sólo para los licitadores sino también para el órgano de contratación redactor de sus cláusulas.

Afirmábamos ya que "*tras la aprobación y publicación de aquel se autolimita en su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de su contenido, so pena de vulnerar el principio de igualdad de trato*"[4]. En este procedimiento los pliegos no han sido impugnados y, por lo tanto, son firmes y vinculantes en cuanto a su contenido para todas las partes.

En consecuencia, se ha de analizar si con la documentación aportada por la recurrente queda acreditado el requisito de disponer de la solvencia técnica exigida en los pliegos en el concreto extremo que es objeto de controversia: cuales son los trabajos o servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato.

A estos efectos procede reproducir aquellas cláusulas del pliego de cláusulas administrativa particulares que regulan la acreditación de la solvencia técnica (el subrayado es nuestro):

La cláusula 10.7, Documentación previa a la adjudicación, en su apartado c), en los aspectos relevantes para el presente caso establece:
"c. Documentos que acreditan la solvencia económica y financiera y técnica o profesional.
1. La acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional se realizará por los medios indicados en los anexos XV y XVI, que serán evaluados de acuerdo con los criterios de selección que constan en el mismo.
(...)
4.- Cuando los anexos XV y XVI no concreten los criterios y requisitos mínimos para la acreditación de la solvencia económica y financiera, técnica y profesional, se estará a lo dispuesto en los artículos 87.3 y 90.2 de la LCSP".

4 Resolución 295/2020, de 3 de septiembre.

El Anexo XVI establece en el apartado 2,1 "ANEXO XVI. SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL.
2. Criterios de selección relativos a la solvencia técnica o profesional del empresario. La solvencia técnica o profesional se acreditará por los medios que se señalan a continuación:

Acumulativos:
1.Relación de los principales servicios realizados de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, atendiendo a tal efecto al sistema establecido en el anexo I, indicando su importe, fechas y destinatario público o privado de los mismos, acompañada de los documentos acreditativos correspondientes (…).

Y el Anexo I, en su apartado 7, establece:

"7. SOLVENCIA Y HABILITACIÓN EMPRESARIAL O PROFESIONAL
Sistema para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato: Cuando exista clasificación aplicable al objeto del contrato se atenderá a la pertenencia al mismo subgrupo de clasificación de unos y otros, y en los demás casos a la igualdad entre los dos primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV.".

Es decir, ya, a mayor abundamiento se entraba sobre el fondo del asunto, de tal modo que la clasificación, había establecido el sistema para considerar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza mediante la coincidencia de los dos primeros dígitos de sus respectivos códigos CPV, prescripción que, se advertía, no podía ser desconocida por la Administración.

En este sentido, al prever el propio PCAP cómo había de valorarse que un servicio es de similar naturaleza, se determinaba en dicha resolución que no era necesario acudir a la aplicación supletoria de lo dispuesto en el segundo párrafo de la letra a) del artículo 90.1 de la LCSP, cuando establece que:

"Para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, el pliego de cláusulas administrativas particulares podrá acudir además de al CPV, a otros sistemas de clasificación de actividades o productos como el Código normalizado de productos y servicios de las Naciones Unidas (UNSPSC), a la Clasificación central de productos (CPC) o a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE), que en todo caso deberá garantizar la competencia efectiva para la adjudicación del contrato. En defecto de previsión en el pliego se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV. La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado podrá efectuar recomendaciones para indicar qué códigos de las respectivas clasificaciones se ajustan con mayor precisión a las prestaciones más habituales en la contratación pública.".

Sobre el contenido del Decreto, al que se hace referencia en el escrito de recurso hace asimismo referencia cuando señalábamos "*todo ello sin perjuicio de lo que dispone el artículo 8.1.a) del Decreto 41/2018, de 20 de febrero, precepto invocado por el órgano de contratación en su informe pero que no se ha recogido de forma específica en los apartados del PCAP relativos a la solvencia técnica. En este sentido no cabe considerar que la mera referencia al Decreto 41/2018 en la cláusula 1 del PCAP, sobre el régimen jurídico del contrato, implique que dicho requisito resulta exigible con arreglo a lo dispuesto en el PCAP, ya que ninguna referencia al mismo se contiene en las cláusulas expuestas (a diferencia de lo que ocurre en otras cláusulas del pliego que regulan otros extremos, como en las cláusulas 5; 10.6; 12.1.; 23.2), sin que pueda alegarse para justificar la exclusión por el motivo expuesto".*

Por otro lado, y en cuanto a la exclusión por las razones de solvencia técnica acreditada, el recurso se dirigía contra el acto de adjudicación por considerar que la entidad adjudicataria no había acreditado que dispone de los medios personales adscritos a la ejecución del contrato. Tras reproducir el artículo 76 de la LCSP, la cláusula 10.7 y el Anexo XVI del PCAP, donde se recogía el personal mínimo, las titulaciones y los requisitos del personal, así como el artículo 150.2 de la LCSP, señala la recurrente que sólo constan en el expediente las declaraciones responsables de la adjudicataria sin que acreditase ninguno de los extremos que declaraba en dichos documentos.

Ya en aquélla resoluciones abordábamos la cláusula 10.7, relativa a la "documentación previa a la adjudicación", en su apartado d) establece:

"*d. Documentación justificativa de disponer efectivamente de los medios que se haya comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución de contrato.*
En el anexo XVI podrá exigirse a las personas licitadoras que especifiquen en la oferta los nombres y la cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación.
Asimismo, en el anexo XVI se indicará si las personas o entidades licitadoras, además de acreditar su solvencia, deben comprometerse a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales que en el mismo se detallan y en todo caso suficientes para la ejecución del contrato. A estos efectos, en el mismo anexo XVI se indicará si estos compromisos, que se integrarán en el contrato, tienen el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el 211 f) de la LCSP, o si establecen penalidades, conforme a lo señalado en el 192 LCSP, para el caso de que se incumplan por la persona o entidad adjudicataria.
En el caso de contratos en los que atendida su complejidad técnica sea determinante la concreción de los medios personales o materiales necesarios para la ejecución del contrato, los órganos competentes para la adjudicación del concierto exigirán el compromiso a que se refiere el párrafo anterior.
En este caso, la persona o entidad licitadora presentará un escrito en el que designa a los técnicos que la empresa o entidad asignará con carácter permanente al contrato, los cuales deberán ser como mínimo los establecidos en el anexo XVI y reunir las condiciones de titulación, especialización y experiencia que en el mismo se establecen.".

Por su parte el Anexo XVI establece:

"Otros Requisitos:
- Nombres y cualificación profesional del personal responsable de ejecutar la prestación: No
- Compromiso de dedicación de los medios personales y/o materiales suficientes para la ejecución, con relación detallada de los mismos. Sí (…)".

A continuación, detalla cuales son los medios suficientes que se exigen como mínimo y ya señalábamos el contenido de la cláusula 10.7 *"d. Documentación justificativa de disponer efectivamente de los medios que se haya comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución de contrato" es la que determina la forma de acreditar la efectiva disposición de los medios que han de adscribirse al contrato, estableciendo como tal la presentación de un escrito en el que se designe a los técnicos que la empresa o entidad asignará con carácter permanente al contrato, siguiendo lo dispuesto en el artículo 10.2 del Decreto 41/2018, de 20 de febrero:*

"Artículo 10. Medios y recursos materiales y personales.
2. La acreditación de los medios materiales y personales se realizará mediante declaración responsable en la que se detallarán los medios con que cuenta la entidad para la ejecución del concierto social. En los correspondientes pliegos de cláusulas administrativas particulares se indicará, en caso de que se estime necesario, la documentación

acreditativa correspondiente, en particular, títulos académicos, contratos de trabajo o cualquier otra documentación referida a las instalaciones, medios materiales, personales y equipamiento técnico".

Finalmente se concluía que, *"no habiendo exigido el PCAP otra documentación, sino la presentación de un escrito, bastaría con éste a los efectos de acreditar la efectiva disposición de los medios necesarios"*. En consecuencia, procede desestimar este motivo del recurso.

En definitiva, procedía estimar parcialmente el recurso, anulando el acto de exclusión y el acto de adjudicación, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la citada exclusión.

Si bien no procedería entrar en el fondo del asunto, bajo la excusa legal de una impugnación de los pliegos (que después abordaremos), procede de nuevo a discutir el fondo del asunto de la resolución de este Tribunal, si bien cuando combate formalmente la resolución de adjudicación está realmente recurriendo para conseguir la exclusión de quien finalmente resultó adjudicataria por los mismos motivos.

Al respecto debemos entrar a valorar que conforme el artículo 59 de la LCSP, sin que este Tribunal entre a prejuzgar si los motivos esgrimidos por la recurrente en el presente recurso coinciden o no con los alegados en el anterior (recurso 369/2020). En este mismo sentido se expresan otros órganos de resolución de recursos contractuales (v.g. Resolución 338/2016, de 29 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y Acuerdo 48/2012, de 2 de noviembre del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón). En efecto, tras la resolución de un recurso especial en materia de contratación solo es posible su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pues, como señala el órgano de contratación en su informe al recurso, cualquier interpretación relativa a la admisión de un nuevo recurso especial, por los mismos motivos que ya fueron evaluados jurídicamente en su momento o que pudieron haberlo sido si se hubiesen alegado, generaría una clara inseguridad jurídica, al reabrirse un procedimiento ya concluido que cumplió las formalidades jurídicas exigidas. Siendo así que la pretensión de la recurrente de generar una segunda instancia administrativa no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico.

Ha venido este Tribunal alegando, (por ejemplo, la Resolución 73/2013, de 3 de junio, que el Tribunal Supremo en su Sentencia, de 29 de mayo de 1995, reconoce que la resolución administrativa *"que entra a resolver el fondo de la controversia, y estima o desestima las pretensiones deducidas, deja definitivamente zanjada la cuestión"*. En el mismo sentido, como expusimos en la citada resolución, se pronuncia el Alto Tribunal en la Sentencia, de 12 de junio de 1997, al señalar que las resoluciones que concluyen los procedimientos "*de un modo ordinario tienen atribuidas, paralelamente a las sentencias jurisdiccionales firmes, los mismos efectos de la cosa juzgada formal (o imposibilidad de impugnación dentro de un mismo procedimiento de lo ya resulto o juzgado) y de la cosa juzgada material, tanto positiva (o prejudicial) como negativa (o excluyente de la posibilidad de volver a plantear, en un nuevo procedimiento, lo ya a finiquitado en otro anterior, con elementos subjetivos y objetivos idénticos)".*

En consecuencia, no es posible recurrir en vía administrativa lo ya resuelto por este Tribunal, más aún cuando los motivos del recurso coinciden con los términos del debate planteado que quedó zanjada tras la anterior resolución. En efecto, la utilización de la palabra "solo" que emplea el legislador en el artículo 59.1 de la LCSP *"Contra la resolución dictada en este procedimiento solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme (...)"*, indica inequívocamente su voluntad de limitar la posibilidad de impugnación de las resoluciones de los órganos administrativos de recursos contractuales a la vía contencioso-administrativa y excluir cualquier otra posibilidad, directa o indirecta, de recurso.

Existiendo cosa juzgada sobre el fondo del asunto, en lo que se refiere a la exclusión, y al contenido de fondo con relación a ello, cabe inadmitir el recurso en virtud del artículo 55 c) de la LCSP.

2. Sobre la posibilidad de impugnación indirecta de los pliegos en este momento.

La regla general es que los pliegos, que son susceptibles de una impugnación autónoma, pasan a ser firmes e inatacables por la vía del recurso especial una vez que éste no se ha interpuesto en plazo, de modo que sus prescripciones pasan a regir la licitación vinculando a los participantes en ella y al poder adjudicador, que no pueden desconocerlos. La jurisprudencia del TJUE (apartado 51 de la sentencia «eVigilo», asunto C-538/13, citada por la recurrente), considera necesario, para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de contratos públicos, la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones anteriores, obligando así al poder adjudicador a iniciar de nuevo todo el procedimiento para corregir dichas infracciones.

En este sentido, enfatizamos la necesidad de una interpretación preclusiva de los plazos a efectos de poder hacer un uso equilibrado de la posibilidad de admitir recursos especiales contra los pliegos.

La posibilidad de admisión de los recursos denominados “indirectos”, ha sido matizada por el propio TJUE a partir de la idea de que la eficacia de los recursos previstos en la Directiva 89/665 solo puede alcanzarse si los plazos para interponerlos se inician desde la fecha en que el demandante tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la infracción. Siendo esto fundamental, de tal modo que las irregularidades de las bases de la licitación cuyo alcance perjudicial para el interesado cuando se manifiesta con posterioridad, es decir cuando se planteó en este caso una indebida admisión es cuando podía haberse iniciado el plazo previsto para recurrir dicha adjudicación.

En este sentido, eso es lo que ocurría en sede del presente procedimiento de adjudicación cuando se planteó el recurso por parte del actual adjudicatario, es decir cuando la solvencia técnica resultaba dudosa los términos planteados en el propio PCAP. Ese sería el resultado de la aplicación al caso concreto de la citada sentencia «eVigilo», en especial los apartados 27 y 48 a 58.

A propósito de la impugnación de la exclusión de un licitador no se planteó un recurso indirecto contra los pliegos, la recurrente, lejos de acreditar que los criterios de solvencia reconocían en aquél recurso que el órgano de contratación había actuado dentro de la más estricta legalidad. Es decir, su aquietamiento se predica desde el mismo momento en el que se exteriorizaron los motivos por los que el órgano de contratación estimaba entonces bien realizada la exclusión cuando señalaba que a pesar de lo que decía el pliego, eran aplicables los criterios de la normativa más arriba citada. Examinado el expediente, a efectos de observar los plazos y la actitud demostrada por la recurrente (entonces) durante la tramitación del recurso anterior en el que recayó la Resolución 127/2021 (recurso 369/2020), observamos cuando fue el primer momento en el que pudo contemplar la motivación del órgano de contratación.

Así vemos el contenido del informe al recurso emitido el 11 de noviembre de 2020, por el órgano de contratación, donde se motivaba de forma clara la falta de viabilidad de las argumentaciones de la, entonces, excluida (ahora adjudicataria). Pues bien, ya entonces en el informe al recurso especial de fecha 11 de noviembre de 2020 defendía la legalidad de los pliegos.

Señalaba entonces el órgano de contratación:

"Cabe entender, por tanto, que los servicios similares que se aleguen han de estar vinculados con el objeto del contrato, ya que la generalidad de los términos del código CPV no lograría asegurar la calidad técnica profesional pretendida en la ejecución del contrato, por lo que la solvencia técnica que han de acreditar los licitadores se concreta en la prueba de su experiencia, conocimiento técnico, eficacia y fiabilidad en el tipo concreto de los servicios que constituyen el objeto de contrato con arreglo a los pliegos.

Por todo lo expuesto, a juicio de este órgano de contratación no cabe invocar la supletoriedad legal relativa a los dígitos CPV al estar determinado el objeto del contrato tanto en el expediente como en los Pliegos que rigen la mencionada contratación, no compartiendo la alegación del recurrente sobre la identificación de servicios de igual o similar naturaleza mediante la aplicación, en todo caso, de la regla de igualdad de los tres primeros dígitos de los respectivos CPV en la medida que ello llevará a resultados contradictorios con lo que determina el párrafo inicial del artículo 90, y el párrafo primero y el inciso primero del párrafo segundo del mismo art. 90.1 a), y convierte en preceptivo lo que es potestativo. La regla establecida en el párrafo segundo del mencionado artículo tiene carácter facultativo y se establece solo para el caso de que existan dudas o quepan diversos tipos de trabajos que puedan llenar el requisito de experiencia exigida, pudiendo alegarse cuando los servicios objeto del contrato se hubieran descrito de manera genérica o en términos amplios, no siendo, por todo lo expuesto, éste el caso.

Igualmente, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 8.1 a) del Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales y que forma parte del régimen jurídico aplicable a la presente contratación:

"Requisitos de acceso al régimen de concierto social. 1. Las entidades licitadoras deberán cumplir, al menos, los siguientes requisitos, establecidos en el artículo 105.1 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía: a) Haber prestado atención de manera continuada, durante el tiempo que se determine en función de la naturaleza del servicio, a personas, familias o grupos con necesidades similares a las de las personas destinatarias del servicio o centro cuya concertación solicita". Por todo lo expuesto y en relación al motivo de impugnación alegado por la empresa este órgano de contratación se ratifica en la imposibilidad de acreditar la solvencia técnica o profesional por la mera coincidencia de los tres primeros dígitos de los Códigos CPV a falta de acreditación de la misma a través de la prestación de servicios con experiencia, conocimiento técnico, eficacia y fiabilidad en el concreto tipo de trabajos que constituye el objeto del contrato definido con arreglo a los pliegos.(…).

Por su parte, el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales, y que, como se ha mencionado anteriormente, forma parte del régimen jurídico aplicable a la presente contratación, en su artículo 10.2 relativo a los medios y recursos materiales y personales establece: " La acreditación de los medios materiales y personales se realizará mediante declaración responsable en la que se detallarán los medios con que cuenta la entidad para la ejecución del concierto social". Por ello, este órgano de contratación considera que en esta fase de valoración de la documentación previa presentada por la entidad propuesta como adjudicataria basta con la presentación del compromiso de dedicación de los medios personales y materiales suficientes para la ejecución con relación detallada de los mismos, requisito cumplido a tenor de la documentación presentada por la Asociación Obras Cristianas de Gibraleón y que forma parte del expediente administrativo como documentación previa (documento n.º 44)".

Es decir, el plazo debería haberse computado desde que conoció este informe por el que el órgano, , y como señala la propia entidad recurrente en sus alegaciones al recurso, es cuando toma conciencia de las imprecisiones que estima del PCAP. Es decir, aclaraba la redacción del pliego, y puede reputarse como el momento en el que finalmente la ahora recurrente tuvo conocimiento de esta controversia respecto del pliego, y pudiendo no estar de acuerdo con la motivación, haber procedido a impugnarlos, y no esperar a que de nuevo se resolviera la adjudicación tras la impugnación de la exclusión. Es decir, al inicial aquietamiento, le sigue la actitud de recurrir el pliego únicamente cuando conoce que no es la adjudicataria. Ello significa que es en una fecha muy posterior de aproximadamente seis meses, cuando finalmente la entidad recurrente interpone el recurso. Si la recurrente observó que los criterios de solvencia permanecían invariables a pesar del primer recurso, nada obstaba para que procediera a recurrirlos. De este modo concluimos que debió recurrirlos en el momento procedimental oportuno (artículo 54.2 a) de la LCSP), pues el supuesto vicio de invalidez ahora alegado ya era entonces atribuible, y no recurrirlo tras el aquietamiento inicial, tras comprobar que no era el adjudicatario en el nuevo procedimiento.

En este sentido, a más debemos partir del carácter excepcional que debe otorgarse a la impugnación extemporánea de los pliegos, dado que el principio del que hay que partir es que "*los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación*" .La doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como la adjudicación) ha atendido a circunstancias objetivas, cuál era el análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho alegados. Sin embargo, observamos que en este caso deben ponderarse, como decimos, derechos e intereses, por un lado, la seguridad jurídica, y por otro lado, el derecho e interés de los licitadores, es decir circunstancias objetivas y también subjetivas que han de ser tenidas en cuenta pues la actuación en materia contractual está condicionada en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), y, en última instancia, en la buena fe.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales[5] así lo ha recogido y fundado citando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de mayo de 2015, rec. 301/2014, y sobre todo en una Sentencia del de Galicia de 17 de noviembre de 2016, rec. 4274/2015, que supone que en el caso de una impugnación, análoga a la que nos ocupa, el Tribunal Superior razona que "*La impugnación de los pliegos, que son la ley del contrato, por la licitadora o competidora… S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRPLCSP y siempre que ostentase un interés legítimo en la anulación de determinada cláusula [o cláusulas] del mismo que no le impedía participar en el procedimiento, pero le podía resultar perjudicial.*

Incluso si entendiéramos que la impugnación no estaba sujeta a plazo por tratarse de un vicio de nulidad de pleno derecho, es contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que …, S.A. consienta el pliego aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación aspirando a la adjudicación y luego, al no resultar adjudicataria, y para optar de nuevo a la adjudicación en las mismas [o peores, porque pretende una mayor publicidad del anuncio de licitación] condiciones, impugne la adjudicación porque el acto administrativo consentido -el pliego- es contrario al ordenamiento jurídico alegando que su anulación la situaría de nuevo como candidata a la adjudicación."

Téngase en cuenta la reproducida jurisprudencia del Tribunal Supremo en dicha resolución del TACRC[6], que señala que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar "*a salvo el indicado principio de buena fe y la*

5 Resolución 49/2017 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.
6 Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002).

seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación".

En nuestro caso, si lo denunciado es la defectuosa forma establecida de acreditar la solvencia, la subrogación (si el no recoger la expresión al convenio colectivo es motivo de anulabilidad), o bien la fórmula para calcular las ofertas anormales, que en opinión de la recurrente debería haber dado lugar a una concurrencia menor, de las que únicamente cumplen los criterios de la normativa no citada en el PCAP (sobre la que ya se pronunció este Tribunal) y contribuir también a una mayor seguridad jurídica a la hora de evaluar las ofertas que pudieren incurrir en una presunción de anormalidad la viabilidad de las ofertas, lo cierto es que tal pretendido defecto no ha perjudicado en ningún momento a la propia recurrente, pues obviamente conocía no solo la existencia de la licitación, ya que concurrió a ella, sino también los términos expresos del debate desde noviembre de 2020, es decir, no necesitaba esperar a la adjudicación, tras la estimación del primer recurso para constatar su existencia o conocer su alcance.

Al no haber recurrido el pliego en tiempo y forma, y haber esperado a la finalización del proceso de selección contractual, en la que en un primer momento (antes de la resolución del primer recurso iba a resultar adjudicataria) es obvio que entonces no le interesaba la posibilidad de beneficiarse de los pliegos que ahora ataca, como eventual adjudicataria, pues a pesar de los vicios el órgano de contratación excluía a la que posteriormente ha resultado 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 al que se refiere la STJUE ya citada.

Por ello, en nuestro caso, no es admisible hacer alegaciones que impliquen un recurso indirecto contra el pliego; de modo que el pronunciamiento sobre la solvencia técnica hecha en los pliegos del contrato, ha quedado firme desde el momento en el que tras la exteriorización de los motivos del órgano de contratación de no incluir el contenido de la normativa especial sobre concierto social en el PCAP se manifestó y no se recurrió en plazo, con la consecuencia de que no estamos ante un contrato de aquellos que justifican la competencia de este Tribunal ex art. 50.1 de la LCSP, y el recurso debe ser inadmitido.

3. A mayor abundamiento, el criterio de esta Resolución con relación a los criterios fijados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2021.

La Sentencia en el fundamento de derecho cuarto razona que:

> *"La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la que consta en el Antecedente de Hecho Tercero de esta sentencia (recurrida en casación)(…): si consentidos los PCAP, cabe atacarlos indirectamente al impugnarse el acto de adjudicación; o bien sólo será eso posible si incurren en un motivo de nulidad de pleno Derecho por infringir los principios de igualdad, publicidad y transparencia, pero no cuando la infracción sea de mera anulabilidad. (…)*
> *3º En efecto, lo que la sentencia aborda es la impugnación indirecta de los pliegos consentidos y resuelve que sí cabe tal impugnación conforme a la sentencia eVigilo, y añade que al enjuiciarse el acto de adjudicación debe advertirse si los pliegos incurren en alguna causa de nulidad de pleno Derecho.*
> *4º Así, tras admitir tal impugnabilidad, lo que es ya realmente esa ratio decidendi se ventila en las circunstancias del caso concreto: advierte que, en efecto, el PCAP era defectuoso en cuanto a la fijación de criterios de valoración de las ofertas, que ello implicaba la infracción de los principios deducibles del*

artículo 18 de la Directiva 2014/24, pero que en este caso no se había incurrido en un trato discriminatorio con relevancia constitucional.
5º Por tanto, lo relevante para esta casación se ventila en dos planos: la posibilidad de impugnar los pliegos al atacarse directamente un acto de aplicación y por qué causas o motivos"

Sigue ciñendo la posibilidad de impugnación indirecta a que:

"1º Es jurisprudencia constante de esta Sala que los pliegos son la ley del contrato y una vez aceptados, al no impugnarse en plazo, no pueden ser impugnados extemporáneamente: se tienen por firmes y consentidos, sin perjuicio de acudir al procedimiento de revisión de oficio, todo ello conforme al artículo 34 de la LCSP 2011, hoy artículo 41 de la LCSP 2017 (cfr. la sentencia de esta Sala, Sección Quinta, de 4 noviembre 1997, apelación 1298/1992).

2º Tal regla general se basa en obvias razones de seguridad jurídica, por lo demás comunes a la preclusión de todo plazo impugnatorio, tanto si se trata de recursos administrativos ordinarios o el especial como el jurisdiccional; además en el ámbito contractual hay que añadir las razones de buena fe que presiden la vida del contrato: no la habrá si se aceptan y no se impugnan los pliegos, y se reacciona sólo cuando su aplicación resulta adversa.

3º En consecuencia, de no impugnarse los pliegos quedan convalidados, salvo que se inste su declaración de nulidad de pleno Derecho por el cauce ordinario de la 24 revisión de actos firmes; y aun así la jurisprudencia siempre ha declarado que esa posibilidad debe administrarse con prudencia, debe ser una posibilidad apreciada excepcional y restrictivamente (cfr. sentencia 1615/2018, de 14 de noviembre, de esta Sección, recurso de casación 4753/2017).

4º A esta jurisprudencia se añade la ya citada sentencia eVigilo, que matiza la regla general de inatacabilidad de los pliegos consentidos. Así en lo procedimental el plazo preclusivo para impugnarlos se inicia cuando el licitador "tuvo o debiera haber tenido conocimiento de la alegada infracción", y en lo sustantivo esa infracción se concreta en qué pliegos le sean "incomprensibles o [carezcan] de claridad".

En otras palabras, resumiendo señala expresamente: *"es posible la impugnación indirecta cuando un licitador razonablemente informado y normalmente diligente no pudo comprender las condiciones de la licitación [sino] hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión"*.

Obviamente tales circunstancias deben estar probadas como se ha advertido en el punto anterior que pudo haberlo interpuesto en un momento anterior, y no en el momento que lo realizó, es decir con una extemporaneidad fuera de toda duda, pues si el informe era de noviembre de 2020, el recurso impugnando indirectamente los pliegos no se interpuso hasta el 22 de junio de 2021.

Por otro lado, la sentencia del Tribunal Supremo además se ciñe a los motivos o causas de impugnación indirecta deducibles de tal sentencia eVigilo, y a estos efectos se plantea cuál es el alcance de las irregularidades que afectan a los principios de la contratación pública del artículo 18 de la Directiva 2014/24, si la causa de la ilicitud de los pliegos debe integrarse en los motivos de nulidad del artículo 47.1 o si cabe su extensión a cualquier otra infracción conforme al artículo 48 de la Ley 39/2015.

Señala el alto Tribunal que:

> "*debe integrarse con los motivos de nulidad de pleno Derecho por las siguientes razones:*
>
> *1º Se trata de compaginar una excepción a la regla general de que los pliegos firmes y consentidos son inatacables por las razones expuestas en el anterior punto 3 de este Fundamento de Derecho. Por tanto, tal posibilidad de impugnación indirecta debe apreciarse restrictiva y excepcionalmente.*
> *2º Ese criterio restrictivo no es novedoso y no deja de ser ilustrativo -como referencia-, la jurisprudencia de esta Sala para los casos en los que las bases de las convocatorias en el ámbito del Empleo Público devienen firmes y vinculantes: el dogma de su inatacabilidad se ha exceptuado sólo si incurren en una causa de nulidad de pleno Derecho por infracción de un derecho fundamental (cfr. la sentencia 1040/2019, de 10 de julio, de esta Sala y Sección, recurso de casación 5010/2017).*
> *3º Esa referencia a los casos de nulidad de pleno Derecho se confirma con el criterio que inspira el artículo 50.1.b) párrafo cuarto de la LCSP 2017 que prevé lo siguiente: "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".*

Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se ha de apreciar, como se ha dicho, de forma excepcional y restrictiva. Para ello deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurren en motivos de nulidad de pleno Derecho, motivos que se aprecian de forma excepcional y restrictiva.

La Sentencia 365/2017, de 13 septiembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en la que se recoge la doctrina jurisprudencial sobre la nulidad de los Pliegos de contratación, no impugnados en tiempo y forma, expone: *"Tras lo expuesto, queda claro que en el presente supuesto, el reclamante, al no impugnar el Pliego, se somete a sus determinaciones y lo convierte en Ley del contrato siguiendo reiterados criterios jurisprudenciales y que por tanto nos encontramos ante un recurso indirecto contra los pliegos, que resulta extemporáneo y respecto del que, en aplicación de la doctrina anteriormente transcrita, únicamente procederá la admisión cuando exista un vicio de nulidad de pleno derecho y no exista ruptura del principio de buena fe por parte del recurrente, ni de la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando a la adjudicación. A este respecto, en la última de las sentencias citadas se precisa que para considerar que alguna cláusula de un pliego incurre en causa de nulidad de pleno derecho se requiere de una motivación detallada y, en todo caso, ésta debe evidenciarse "con una grosera y cualificada vulneración de un derecho con amparo constitucional."*

Descendiendo al caso concreto, los pliegos reguladores fueron objeto de publicación en el perfil de contratante por lo que, desde dicha fecha, todo interesado pudo tener acceso completo a los mismos. La recurrente desde el mismo momento de la publicación de los pliegos tuvo acceso a éstos y, por tanto, pudieron tener conocimiento de la previsión que tales documentos recogían en relación con la solvencia, la subrogación, la fórmula relativa a efectos de ponderar la viabilidad de las ofertas, y sin embargo, no impugnaron los mismos en el plazo establecido. En este sentido, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 44 de la LCSP, el plazo para la impugnación de los pliegos se inicia con su publicación oficial en el medio citado; siendo tal anuncio el que tiene trascendencia jurídica tanto para la determinación de plazos como para la presentación de ofertas o solicitudes. Plazo de carácter preclusivo que, por elementales razones derivadas del principio de seguridad jurídica, es común para cualquier interesado. Resultando así que, transcurrido el plazo para recurrir sin haberlo hecho, el acto por el

que se aprueba el pliego se convierte en consentido y firme por aplicación del carácter preclusivo y de caducidad de los plazos para recurrir que reconoce la teoría general del Derecho administrativo, habida cuenta que, efectivamente, el plazo de iniciación del procedimiento mediante el ejercicio de la correspondiente acción es un plazo sustantivo, perentorio y preclusivo y por lo tanto, indisponible.

Aun así y dadas las vicisitudes de la contratación, donde se han interpretados esos extremos, podemos aplazar la fijación clara de un criterio con ocasión de la inicial exclusión de la ahora adjudicataria del órgano de contratación sobre los pliegos, lo que ocurrió con el informe al recurso elaborado por el órgano de contratación en el recurso 369/2020. Es decir, esta cuestión debía haberse hecho valer mediante la interposición del correspondiente recurso contra los pliegos, dentro de los plazos previstos al efecto.

Debe advertirse que la recurrente no ha justificado ahora las razones por las que no pudieron conocer su contenido sino hasta la adjudicación del contrato tras la estimación del citado recurso pr este Tribunal.

Cabe concluir con una doctrina de este Tribunal, plasmada en la Resolución 130/2021, de 8 de abril, señalándose que *"(…) hemos de poner de relieve que, como señala el órgano de contratación en su informe, lo que realmente subyace en este caso es una impugnación indirecta de los pliegos rectores de la presente licitación. Al respecto, este Tribunal, ha de manifestar, como tantas otras veces (v.g. Resoluciones 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 3 de enero, entre otras muchas), 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 pliegos en su día en el extremo cuestionado, necesariamente han de estarse ahora al contenido de los mismos que son ley entre las partes. La única excepción a esta regla 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 en la medida que esta propicia una actuación sin límites y excesivamente discrecional del órgano de contratación, claramente vulneradora del principio de igualdad de trato (a sensu contrario, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 (EDJ 2015/22546) Evigilo, apartados 52 a 58). En este caso, la entidad recurrente (un sindicato, no licitador) desde el mismo momento de la publicación de los pliegos tuvo conocimiento del presupuesto de licitación fijado y, consecuentemente, de su valor estimado y el precio establecido y, sin embargo, no procedió a recurrir los mismos en el plazo fijado. El sindicato recurrente pudo impugnar el contenido de los pliegos que era claro en su redacción respecto a los extremos que ahora son objeto de recurso, sin que quepa trasladar esta opción al momento de la adjudicación del contrato, (…)".*

En consecuencia, procede inadmitir el recurso indirecto contra los pliegos por extemporaneidad.

SÉPTIMO. Multa por temeridad y mala fe. Alegaciones de la adjudicataria al recurso. Beneficio conseguido con la suspensión automática. Criterios de proporcionalidad.

Sobre el particular, como señala la Sentencia de 5 de febrero de 2020 de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional:

"Es criterio de esta Sala que «La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo

en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución" (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014)".

En este supuesto, nos encontramos que la recurrente es una entidad licitadora, con carácter recurrente en procedimientos de contratación, a la que se le presume bagaje en estas lides, como igualmente ha quedado demostrado en la licitación, es decir, un conocimiento medio en lo relativo a los requisitos de procedibilidad básicos del recurso especial en materia de contratación como es la infracción legal en la que debe basarse el recurso, así como la coherencia de sus actos en el procedimiento de licitación, así como las argumentaciones para impugnar indirectamente los pliegos debían fundarse en motivos de nulidad.

A la vista de lo anterior, observamos que básicamente, además de no proceder en su caso a interponer recurso contencioso administrativo contra la resolución 127/2021, el recurso especial contiene la impugnación de admisión de la oferta basándose en infracción de los pliegos. Esos pliegos de los que tuvo conocimiento tanto de ellos como del criterio del órgano de contratación sobre el contenido de los mismos en noviembre de 2020, tras el informe al recurso especial requerido tras el recurso 369/2020. De tal modo que, la extemporaneidad del recurso indirecto está fuera de toda duda, interpuesto dicho recurso además coincidiendo con la resolución de adjudicación, es decir, tras la resolución 127/2021 de este Tribunal, lo cual supone que hayan de tenerse en cuenta una serie de circunstancias a la hora de determinar la concurrencia, además de temeridad, de mala fe, pues con el recurso se ha conseguido la paralización del procedimiento de licitación, con una clara beneficiaria, la entidad recurrente como manifiesta el adjudicatario en sus escrito de alegaciones, que es la que actualmente sigue prestando el servicio. A ello ha de sumarse que la entidad adjudicataria solicita la expresa imposición de multa.

En este sentido, siendo una de las alegaciones del recurso la falta de solvencia técnica, y sin entrar en el fondo del asunto, observamos de las alegaciones y de los estatutos que acompaña el adjudicatario a su escrito de alegaciones, que cuando la recurrente ponía de manifiesto la falta de coincidencia del objeto social de la adjudicataria, observamos como de forma grosera en el recurso se presentaban una versión antigua del artículo 2 de los Estatutos, y no los que constaban en la licitación, ello con la intención de dar una versión interesada de confundir al Tribunal.

Por otro lado, la impugnación indirecta, en contra de la jurisprudencia comunitaria que la misma alega no se fundamenta en infracciones claras que suponga la nulidad de pleno Derecho, (vg.la falta de concreción de los extremos relativos a las obligaciones de subrogación).

La recurrente no ha presentado justificación alguna sobre el motivo que le lleva a impugnar los pliegos con ocasión de que se dictara la resolución de adjudicación, pues había consentido los mismo aquietándose. Debemos recordar que en lA recurrente recae la carga de razonar y justificar adecuadamente los motivos de impugnación que articula (así lo explicamos ya en nuestra resolución 406/2014 de 23 de mayo), ello supone un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación. A lo anterior se une que el recurso ha dado origen a un procedimiento en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución, pese a lo notorio de su improcedencia, incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta este Órgano.

Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación si bien en este caso no sabedora de que su recurso en ningún caso puede ser estimado, sí actuando con temeridad. Así podemos presumir la mala fe en este caso, dada la continuidad en la prestación obtenida como consecuencia de la medida cautelar adoptada automáticamente tras el recurso.

La Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse «*cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita»*, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, «*La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación».*

Además de ello, téngase en cuenta el móvil del recurso, conseguir la suspensión, de tal modo que no solo se aprecia la temeridad sino también la mala fe procediendo multa para quien, abusando del proceso, recurrió con mala fe (dolo), promoviendo un recurso especial carente de razón que lo justificase.

En cuanto al importe de la multa, el artículo 58.2 de la LCSP dispone que *«(…) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos*>>**.**

Por estos motivos ya expuestos, y realizando una necesaria motivación de la cuantía en la que esta debe quedar impuesta, debemos atender al artículo 31. 2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, el cual establece que: «*Cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía. La imposición de multas al recurrente solo procederá en el caso de que se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en el escrito de recurso».*

Partiendo de que el límite máximo de la multa a imponer alcanza los 30.000 euros, (y de que la Ley establece esas dos circunstancias), estimamos que al concurrir de forma manifiesta las dos circunstancias, la temeridad, y la mala fe, la multa debiere quedar fijada en un hipotético tramo inferior de la horquilla legalmente establecida en

el citado precepto, motivado además en la inexistencia de reiteración o reincidencia en la conducta, este Tribunal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP, acuerda imponer a la empresa recurrente una multa en la cuantía máxima de 10.000 mil euros, toda vez que además no ha sido cuantificado el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y al adjudicatario.

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial interpuesto por la **ASOCIACIÓN OBRAS CRISTIANAS DE GIBRALEÓN** contra la resolución de 1 de junio de 2021, por la que se adjudica el contrato denominado "Servicio para la contratación de 28 plazas de acogimiento residencial en la provincia de Huelva para menores que se encuentren bajo la protección de la Administración de la Junta de Andalucía" (Expte.: CONTR 2020 0000528892 (21-17/SER-20), en relación a los lotes 1 (Huelva cinturón 1) y 2 (Huelva cinturón 2) promovido por la Delegación Territorial de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación en Huelva, por recaer el fondo del recurso sobre el fondo del asunto sobre el que ya ha recaído un pronunciamiento firme de este Tribunal, así como por la imposibilidad de pretender la impugnación indirecta de los pliegos dado que los mismo han resultado consentidos en los términos expuestos en la consideración jurídica sexta.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión automática del procedimiento de adjudicación.

TERCERO. Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 10.000 euros, en atención a la temeridad y mala fe apreciadas en la interposición del recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP

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.