Recurso 569/2021
Resolución 64/2022

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

Sevilla, 28 de enero de 2021.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FLOWBIRD ESPAÑA, S.L.U.** contra el acuerdo adoptado por la mesa de contratación en su sesión de 30 de noviembre de 2021, por el que propone elevar al órgano de contratación la adjudicación del contrato denominado "Contrato de Suministro de 40 parquímetros y 12 terminales para propuesta de denuncias, su conectividad y mantenimiento" (Expte.4/2021), promovido por la Sociedad Anónima Municipal de Servicios de Torremolinos (S.A.M.S.E.T), ente instrumental dependiente del Ayuntamiento de Torremolinos, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de octubre de 2021, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución, cuyo valor estimado asciende a 431.349 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, la mesa de contratación en su sesión celebrada el 30 de noviembre de 2021, propone elevar al órgano de contratación la adjudicación del contrato licitado a la entidad IPARK ESTACIONAMIENTOS Y SERVICIOS DE MOVILIDAD, S.A (en adelante IPARK), por haber obtenido la máxima puntuación total. El acta correspondiente a la citada sesión ha sido publicada en el perfil de contratante el 30 de noviembre de 2021.

SEGUNDO. El 23 de diciembre de 2021, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad FLOWBIRD ESPAÑA, S.L.U, (en adelante FLOWBIRD), contra la citada propuesta de adjudicación de 30 de noviembre de 2021. En su escrito de recurso la entidad recurrente solicita la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se dio traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicitó, previa información sobre la disposición por el Ayuntamiento de Torremolinos de órgano especializado para su resolución, la remisión del informe sobre el mismo, las alegaciones a la medida cautelar instada, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado fue recibido en este Órgano a excepción del informe al recurso y las alegaciones a la medida cautelar solicitada por la recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. Con carácter previo al examen de cualquier otro requisito de admisión del recurso, procede analizar si el contrato se encuentra sujeto al recurso especial y por ende, si este Tribunal tiene competencia para su resolución a tenor de lo dispuesto en el artículo 44.1 de la LCSP.

Dicho artículo establece que "*Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, los actos y decisiones relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores (...)*".

Así, el recurso especial solo cabe en relación con los contratos que celebren las Administraciones Públicas o las restantes entidades que ostenten la condición de poder adjudicador.

Pues bien, en el presente caso, y con independencia de si la Sociedad Anónima Municipal de Servicios de Torremolinos (S.A.M.S.E.T) es un poder adjudicador o no, cuestión sobre la que la entidad recurrente no formula alegación alguna, debe tenerse en cuenta que la cláusula 5 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) establece:

"Régimen Jurídico"

"El artículo 26.1.c) LCSP, considera como contratos privados, entre otros, los contratos celebrados por entidades del sector público que no reúnan la condición de poder adjudicador.

En consecuencia, el contrato definido tiene la calificación de contrato privado, tal y como establece el artículo 26 LCSP. Por tanto, al ser un contrato de suministro de carácter privado se regirá por: En cuanto a su preparación y adjudicación, se rige por las denominadas Normas Internas de Contratación, donde quedan garantizadas la efectividad de los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación, así como que los contratos se adjudicarán a quienes presenten la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 LCSP (artículo 321.1 LCSP)

Se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria (artículos 321 y 322 LCSP).

En cuanto a sus efectos, modificación y extinción se regularán por las normas de derecho privado que les resulten de aplicación".

Es decir, la cláusula 5 del citado pliego, relativa al régimen jurídico del contrato, establece de forma clara que se rige por lo dispuesto en los artículos 321 y 322 de la LCSP, que regulan, respectivamente, la adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores, y los efectos, modificación y extinción de estos contratos.

Sobre lo anterior, se debe destacar el hecho de que no consta que la entidad recurrente haya impugnado los pliegos de la licitación que se acogen al régimen aplicable para la adjudicación de los contratos por las entidades del sector público que no tengan la condición de poder adjudicador y remiten en cuanto al régimen de recursos a los previstos en la Ley 39/2015, por lo que no puede ahora en esta fase del procedimiento, alterar dicha calificación a los efectos de poder acceder a esta vía de recurso.

En este sentido es doctrina reiterada de este tribunal que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de "pacta sunt servanda" y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habrá de estar ahora al contenido de los mismos. Al respecto, la cláusula 13 del pliego establece esa aceptación de forma expresa, cuando dispone que *"Las proposiciones de los interesados, presentadas en tiempo y forma, deberán ajustarse a lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y su presentación supondrá la aceptación incondicionada por el empresario de la totalidad de dichas clausulas o condiciones, así como del Pliego de Prescripciones Técnicas, sin salvedad o reserva alguna"*.

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

En este sentido, este es el criterio que, a sensu contrario, mantiene la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, asunto C538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, al declarar que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que una entidad licitadora, razonablemente informada y normalmente diligente, que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo del recurso contra el acto de adjudicación.

Al respecto, ya se ha pronunciado este Tribunal, en su Resolución 83/2020 de 3 de marzo, en un supuesto similar al presente, al disponer que "*Por el contrario, si se admitiera el recurso, se estaría dejando al albur de las entidades licitadoras tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los potenciales vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento de licitación. (...)"*

En consecuencia, al haberse interpuesto el recurso con relación a un contrato que, según dispone la cláusula 5 del pliego, no es susceptible de recurso especial por razón de la naturaleza de la entidad contratante, y de acuerdo con lo que establece el artículo 44.1. de la LCSP, concurre causa de inadmisión del recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 a) del mencionado texto legal, siendo competente este Tribunal para la apreciación del cumplimiento de los requisitos para la admisión del presente recurso de conformidad con el citado precepto.

La concurrencia de la causa de inadmisión expuesta hace innecesario un pronunciamiento sobre los restantes requisitos de admisión del recurso e impide entrar a conocer los motivos en que el mismo se sustenta, así como emitir un pronunciamiento sobre la medida cautelar solicitada.

A la vista de todo lo argumentado, de conformidad con lo estipulado en el artículo 55 a) de la LCSP procede declarar la inadmisión del recurso, al referirse a un contrato no susceptible de esta vía especial de impugnación y para el que este Tribunal, en atención al pliego, no ostenta competencia en orden a su resolución.

Una vez sentado lo anterior, cabe recordar que el artículo 44.6 de la LCSP dispone que *"Los actos que se dicten en los procedimientos de adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas que no reúnan los requisitos del apartado 1 podrán ser objeto de recurso de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; así como en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa"*, por lo que en atención al principio de colaboración interadministrativa, procede remitir el escrito presentado ante este Tribunal al órgano competente, de conformidad con lo previsto en el artículo 116.a) de la citada Ley 39/2015 y en el artículo 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

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

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **FLOWBIRD ESPAÑA, S.L.U.**, contra el acuerdo adoptado por la mesa de contratación en su sesión de 30 de noviembre de 2021, por el que propone elevar al órgano de contratación la adjudicación del contrato denominado "Contrato de Suministro de 40 parquímetros y 12 terminales para propuesta de denuncias, su conectividad y mantenimiento" (Expte.4/2021), promovido por la Sociedad Anónima Municipal de Servicios de Torremolinos (S.A.M.S.E.T), ente instrumental dependiente del Ayuntamiento de Torremolinos.

SEGUNDO. Remitir el escrito de recurso al órgano de contratación a los efectos oportunos, de acuerdo con lo señalado en el anterior fundamento de derecho .

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.