Recurso 325/2022
Resolución 443/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 9 de septiembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AFC CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.L.,** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Obra de mantenimiento, reparación y adecuación de las vías públicas en el t.m. de Roquetas de Mar (Almería)" (Expte. 02/22.-Obra), convocado por el Ayuntamiento de Roquetas de Mar, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 29 de abril de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de obras indicado en el encabezamiento de esta resolución, con un valor estimado de 2.479.338,84 euros.

La presente licitación se rige por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y demás disposiciones reglamentarias de aplicación, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

El 4 de agosto de 2022, se dicta resolución de la Concejalía Delegada de Hacienda y Contratación del citado Ayuntamiento por la que se aprueba la clasificación de ofertas efectuada por la mesa de contratación y de la que se desprende la exclusión de la oferta presentada por la recurrente al no quedar justificada su viabilidad.

SEGUNDO. El 25 de agosto de 2022, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad AFC CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.L., contra la citada resolución de 4 de agosto de 2022, la recurrente solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación y que se le conceda el trámite de vista del expediente.

La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al órgano de contratación, recabándole la documentación necesaria para su tramitación y resolución que fue posteriormente remitida por el órgano de contratación y recibida en este Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 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 Roquetas de Mar no ha manifestado que disponga de órgano propio, por sí o a través de la Diputación Provincial, para la resolución del recurso, habiendo remitido a este Tribunal toda la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

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

TERCERO. Acto recurrible.

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.

En este sentido la calificación del presente contrato conforme se dispone en el pliego de cláusulas administrativas particulares es la de obras, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, cuyo valor estimado asciende a 2.479.338,84 euros.

Sobre lo anterior, el artículo 44.1 a) de la LCSP establece que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación, entre otros, los actos que se refieran a los siguientes contratos: *"a) Contratos de obras cuyo valor estimado sea superior a tres millones de euros".* A la vista de lo anterior, resulta que en principio los actos relacionados con el presente contrato no son susceptibles de recurso especial al no superar el mismo el umbral establecido en el mencionado precepto de la LCSP.

La recurrente en su escrito de impugnación cuestiona la naturaleza del contrato argumentando que en realidad, el contrato es de servicios y no de obras por lo que al ser su valor estimado superior a 100.000 euros sí cabría recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo impugnado. Dicha afirmación se fundamenta, en síntesis, en lo siguiente:
- 1. Estamos ante una licitación de una prestación de actividad continuada durante el tiempo ya que se trata de una necesidad estructural de la Administración de mantener su viario y no ante la realización de un resultado concreto.
- 2. Son trabajos de conservación y mantenimiento que se contratan, no solo de forma continuada durante un período determinado, sino que la duración se fija en función de la actividad y del tracto sucesivo.
- 3. No existe proyecto, por lo que no puede hablarse de contrato de obra.

Por otro lado, el órgano de contratación en su informe al recurso manifiesta que los pliegos no han sido recurridos en tiempo y forma, por lo que admitir ahora que nos encontramos ante un contrato de servicio y no de

obra implicaría su impugnación indirecta lo cual resulta a todas luces inadmisible por extemporánea, dado que en efecto, los pliegos han ganado firmeza en vía administrativa.

Sobre lo anterior, se debe destacar el hecho de que no consta que la entidad recurrente haya impugnado los pliegos de la licitación que atribuyen al contrato la calificación de obras, por lo que no puede ahora en fase de adjudicación, cuando el resultado de la misma no le beneficia, alterar dicha calificación a los efectos de poder acceder a esta vía de recurso que de otro modo le estaría vedada por razón de la cuantía del contrato.

Conforme a la doctrina de este Tribunal establecida en su Resolución 391/2015, de 17 de noviembre (desarrollada en otras posteriores; Resoluciones 104/2022, de 11 de febrero y 381/2022, de 13 de julio, entre otras), la regla general es que los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por las entidades licitadoras, por lo que, en virtud del principio de *"pacta sunt servanda"* y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente habrá de estar ahora al contenido de los mismos que lo califican de obras.

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

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

Por el contrario, si se admitiera el recurso, se estaría dejando al albur de las entidades licitadoras tanto la elección del momento en que resultaría posible impugnar los potenciales vicios de nulidad de los pliegos, como el propio curso del procedimiento de licitación. Al respecto cabe señalar la reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativa del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2021 (rec. 7644/2019) que recuerda la doctrina de los límites de la impugnación indirecta de un pliego de contratación al tiempo de recurrir los actos de adjudicación o exclusión sentada por la STS 398/2021 (rec. 4883/2019) que establece la siguiente doctrina casacional sobre la posibilidad de impugnación indirecta de los pliegos de cláusulas particulares de la contratación pública: *«[…] Cabe excepcionalmente la impugnación indirecta de los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. 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. […]».*

Ninguno de los escenarios descritos es de aplicación al presente supuesto en el que desde el primer momento el licitador supo que la calificación del presente contrato es la de obras, por lo que si consideraba que el mismo estaba incorrectamente calificado debió recurrir los pliegos y al no hacerlo, en los términos que se han

argumentado, los dejó firmes de forma que no pueden ser cuestionados ahora porque la recurrente estima conveniente acceder a la vía del recurso especial.

Por lo demás, este es el criterio sostenido por otros órganos de resolución de recursos contractuales como el Tribunal Central de Recursos Contractuales que en la Resolución 49/2017, de 20 de enero, concluye en un supuesto muy similar al presente que: *«Al no haber recurrido el pliego en tiempo y forma, y haber esperado a la finalización del proceso de selección contractual, es obvio que se reservaba la posibilidad de beneficiarse de los pliegos que ahora ataca, como eventual adjudicataria, y solo al no haber resultado así, pide su anulación; lo cual es flagrantemente contrario al "venire contra factum propium" y al principio de buena fe, y no incurre en el supuesto excepcional a que se refiere la Sentencia del TJUE de 12 de marzo 2015 (asunto C-538/13)».*

Sobre esta cuestión también resulta ilustrativa nuestra Resolución 261/2022, de 6 de mayo, en la que se hace referencia a 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"».*

En consecuencia, concurre causa de inadmisión del recurso ya que se refiere a un contrato no susceptible de recurso por razón de su valor estimado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 44.1 a) de la LCSP, siendo competente este Tribunal para la apreciación del cumplimiento de los requisitos para la admisión del presente recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 55 de la LCSP.

La concurrencia de las causas de inadmisión expuestas impide entrar a conocer el resto de los requisitos de admisión, así como los motivos de fondo en que el recurso se sustenta, la medida cautelar y la petición de acceso al expediente solicitada.

CUARTO. Remisión a efectos de 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 de recurso especial presentado ante este Tribunal al órgano competente, en base a lo establecido en los artículos 14.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y 116 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por todo ello, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AFC CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.L.,** contra la exclusión de su oferta del procedimiento de licitación del contrato denominado «Obra de mantenimiento, reparación y adecuación de las vías públicas en el t.m. de Roquetas de Mar (Almería).*"* (Expte. 02/22.-Obra), convocado por el Ayuntamiento de Roquetas de Mar, al resultar que el contrato en atención a la cuantía, no es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

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

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.