Recurso 473/2022
Resolución 619/2022
Sección Tercera

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

Sevilla, 16 de diciembre de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **AUTOCARES ROFRAN S.L.**, empresa miembro de la UTE AUTOCARES ISABEL EGEA, S.C.A., AUTOCARES ROFRAN S.L.- AUTOCARES RODRIGO SL - NIEVABUS, S.L. Y AUTOCARES BARAZA, S.L., contra la adjudicación del contrato denominado "Servicio de transporte escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Almería dependientes de la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía, con origen de financiación en fondos europeos", (Expte. CONTR 2022 0000521990 00102/ISE/2022/AL), en relación al lote 39, tramitado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, ente adscrito a la actual Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 8 de agosto de 2022, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y el 10 de agosto de 2022 en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo el día 8 de agosto de 2022 los pliegos de la contratación fueron puestos a disposición de las personas interesadas a través del citado perfil. Según consta en el anuncio de licitación, el valor estimado del contrato, asciende a la cantidad de 62.312.150,80 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.

El órgano de contratación mediante resolución de 14 de noviembre de 2022, acuerda, adjudicar el lote 39 del contrato a la entidad AUTOCARES LORCA BUS, la citada resolución se publica en el perfil del contratante el día 15 de noviembre de 2022, fecha asimismo en la que se realizó su notificación.

SEGUNDO. El 28 de noviembre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la entidad AUTOCARES ROFRAN S.L., empresa miembro de la empresa miembro de la UTE AUTOCARES ISABEL EGEA, S.C.A., AUTOCARES ROFRAN S.L. - AUTOCARES RODRIGO SL - NIEVABUS, S.L. Y AUTOCARES BARAZA, S.L. (en adelante, la recurrente) contra la resolución de adjudicación del lote 39 del contrato.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal se dio traslado al órgano de contratación del citado escrito de recurso y se le solicitó que aportase el informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Dicha solicitud fue reiterada el 2 de diciembre de 2022. La documentación se ha recibido el día 14 de diciembre de 2022.

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 Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Legitimación.

Ostenta legitimación la recurrente, respecto al lote 39 del contrato, para la interposición del recurso dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO. Preferencia en la tramitación del recurso especial ex lege.

El recurso se interpone contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el anuncio de licitación, en el que consta que se trata de un proyecto cofinanciado por la Unión Europea, financiado por el Fondo Social Europeo (FSE), con una tasa de cofinanciación del 85 por ciento, de tal modo que la tramitación del presente recurso especial en materia de contratación tiene preferencia para su resolución por este Tribunal, pues el artículo 34 del Decreto-ley 3/2021, de 16 de febrero, por el que se adoptan medidas de agilización administrativa y racionalización de los recursos para el impulso a la recuperación y resiliencia en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, expresa que lo tendrán siempre que *"se interpongan contra los actos y decisiones relacionados en el artículo 44.2 de la LCSP, que se refieran a los contratos y acuerdos marco que se vayan a financiar con fondos europeos".*

CUARTO. Acto recurrible.

Procede ahora 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.

La presente licitación está referida a un contrato de servicios con un valor estimado superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, y el objeto del recurso es la adjudicación, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

QUINTO. Plazo de interposición del recurso especial.

La recurrente en su escrito de interposición manifiesta su oposición al plazo de diez días naturales para la interposición del recurso especial que le fue concedido mediante la resolución de adjudicación del lote 39 del contrato; al efecto esgrime el siguiente argumento: "*Tenemos que hacer constar que existe error en la Resolución*

de Adjudicación dictada por el órgano de contratación en la que se hace constar que cabe interponer el recurso especial en materia de contratación "en el plazo de diez días naturales, de conformidad con el artículo 58.1.a) del Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre …".
Sin embargo, la citada norma solo se aplica a los actos dictados con ocasión de la tramitación de las licitaciones de contratos financiados con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que no es el caso de la licitación cuya adjudicación se impugna".

Señala la recurrente que de conformidad con las previsiones contenidas en el PCAP el presente contrato está cofinanciado con el Fondo Social Europeo. Además afirma que el lote 39, objeto del presente recurso, ni siquiera está financiado con ningún tipo de fondos europeos, por lo que no le resultaría de aplicación el referido Real Decreto Ley.

Por lo expuesto la recurrente reivindica la aplicación del artículo 50.1 d) de la LCSP que 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.".

Tras lo expuesto concluye que: *"habiéndose notificado la resolución de adjudicación con fecha 08/11/2022, el recurso se interpone dentro del plazo de 15 días hábiles".*

Pues bien analizado el contenido del los pliegos que rigen la presente licitación se ha podido comprobar que la resolución de adjudicación concedió un plazo para la interposición del recurso que se compadecía con las previsiones al efecto contenidas en el pliego. Así la cláusula 1 del PCAP al establecer el régimen jurídico del contrato incluye entre las normas que ha de regir la presente contratación, el Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (en adelante, PRTR)

En la cláusula 4 del PCAP "Existencia de crédito", en su párrafo tercero expresamente se contempla que: *"El contrato se financia con los fondos europeos contemplados en el artículo 2 del Real Decreto-ley 36/2020 y en el artículo 2 del Decreto 3/2021".*

Por su parte la cláusula 10.9 del pliego *"Formalización del contrato",* al regular el plazo de formalización del mismo prevé: *"Cuando el contrato sea susceptible de recurso especial en materia de contratación, el órgano de contratación no podrá proceder a la formalización del contrato hasta que hayan transcurrido diez días naturales a partir del día siguiente a la notificación de la resolución de adjudicación del contrato".*

En la cláusula 25 del pliego se regula la jurisdicción competente y los recursos, en concreto en su párrafo 2 dedicado al procedimiento de interposición de recurso especial en materia de contratación, se dispone expresamente: "*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de diez días naturales, de conformidad con el artículo 58.1.a) del Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, computados en las formas previstas en el artículo 50 de la LCSP, y en los lugares establecidos en el articulo 51.3 de la LCSP y en el artículo 44 del Decreto-ley 13/2020".*

Cabe subrayar que las previsiones contenidas en las referidas cláusulas del pliego afectarían a la totalidad de los lotes que integran el contrato. Pero es que además, respecto al lote nº39, el anuncio de licitación expresamente hace constar que el mismo se encuentra financiado por el Fondo Social Europeo, con una tasa de cofinanciación del 85%.

De lo expuesto se deduce que la resolución de adjudicación no ha incurrido en error alguno en cuanto al plazo de interposición del recurso especial, como pretende la recurrente, por lo que una vez notificada ésta debió ajustar su actuación a los términos de la misma e interponer el recurso, si esa era su intención, en el plazo que se le había conferido al efecto, sin perjuicio de haber esgrimido en su interposición los motivos que a su derecho hubiese convenido.

Por tanto la verdadera controversia que el presente recurso plantea se centra en el régimen jurídico conferido por los pliegos a la presente contratación y la consiguiente aplicación del artículo 58 del Real Decreto ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

En este punto, es pertinente referirnos, en primer lugar, al artículo 139 de la LCSP que dispone: *"Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a los pliegos y documentación que rigen la licitación, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de sus cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna, (…)".*

Al respecto, procede señalar que si la recurrente no estaba conforme con la redacción del PCAP -en cuanto a la cuestión ahora debatida- debió poner de manifiesto dicha circunstancia en el plazo establecido para ello en la LCSP, transcurrido el cual los pliegos adquirieron firmeza, resultando su contenido inalterable, no siendo posible una impugnación indirecta del pliego con ocasión del recurso interpuesto ahora con ocasión de la adjudicación del contrato.

Así es reiterada la doctrina de este Tribunal en la que hemos tenido ocasión de afirmar que los pliegos, anuncios y demás documentos contractuales, en cuanto determinan las condiciones de la licitación, son la ley del contrato y la presentación de proposiciones por los licitadores implica la aceptación incondicional de los mismos, debiendo inadmitirse, por extemporánea, su posterior impugnación. En tal sentido la Resolución 34/2019, de 14 de febrero, de este Tribunal que dice *"Se trata, pues, de una impugnación indirecta del pliego con ocasión del recurso interpuesto contra un acto posterior, siendo así que este Tribunal tiene ya consolidada una abundante doctrina en este particular extremo (v.g. Resolución 150/2018, de 23 de mayo, entre otras). Conforme a la misma, 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 habría de estar ahora al contenido de los mismos.*
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 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".

Situación que no se produce en el presente supuesto, pues como anteriormente se ha señalado las referencias al régimen jurídico del contrato y en consecuencia al plazo de interposición del recurso especial en la presente licitación, quedan recogida de forma clara y expresa en el PCAP.

Por tanto, el principio de igualdad de trato impide una actuación del órgano de contratación contraria o en la que se modifiquen a favor de alguna de las entidades licitadoras las previsiones o plazos establecidos con carácter general para todas ellas.

Así se manifiesta el Tribunal General de la Unión Europea, Sala Segunda, en su Sentencia, de 28 de junio de 2016 (asunto T-652/14), cuando afirma en su apartado 78 que *«Por otro lado, si la EUIPO [entidad contratante] no se hubiera atenido a las condiciones que ella misma había fijado en los documentos del procedimiento de licitación, habría vulnerado el principio de igualdad de trato entre los licitadores y su actuación habría afectado negativamente a una competencia sana y efectiva. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, cuando, en el marco de un procedimiento de licitación, el órgano de contratación define las condiciones que pretende imponer a los licitadores, se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de las condiciones que de este modo ha definido con respecto a cualquiera de los licitadores sin vulnerar el principio de igualdad de trato entre los licitadores (sentencia de 20 de marzo de 2013, Nexans France/Empresa Común Fusion for Energy, T-415/10, EU:T:2013:141, apartado 80) (...)».*

En cualquier caso, a mayor abundamiento y por zanjar el objeto del debate, aceptando a los meros efectos dialécticos la impugnabilidad de los pliegos, este Tribunal entrará a conocer el fondo de la controversia que la recurrente plantea, y que se centra en discernir si resulta de aplicación o no al presente contrato, el plazo de diez días naturales, previstos en el artículo 58.a) del PRTR, para la interposición del recurso especial.

La recurrente fundamenta su oposición en el hecho de que el plazo de diez días naturales previsto en el citado precepto, es de aplicación únicamente a las licitaciones de contratos financiados con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y por tanto no sería de aplicación a la licitación, que como se citó en los antecedentes de hecho de la presente resolución se encuentra cofinanciada en un 85% por el Fondo Social Europeo.

El referido artículo 58 dispone lo siguiente: *« Artículo 58. Recurso especial en materia de contratación.*
En los contratos que se vayan a financiar con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia susceptibles de recurso especial en materia de contratación conforme a lo previsto en el artículo 44 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y siempre que los procedimientos de selección del contratista se hayan tramitado efectivamente de forma electrónica:
a) El órgano de contratación no podrá proceder a la formalización del contrato hasta que hayan transcurrido diez días naturales a partir del día siguiente a la notificación, la resolución de adjudicación del contrato. En este mismo supuesto, el plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación, cuando proceda, será de diez días naturales y se computará en la forma establecida en el artículo 50.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.
(...).».

Por lo que en efecto la regla del apartado 1 del mencionado precepto circunscribe su regulación a los contratos que vayan a ser financiados con fondos procedentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Ocurre, sin embargo, que el artículo 2 del propio Real Decreto-ley 36/2020, tras delimitar en su apartado 1 el ámbito de aplicación subjetivo, dispone, en relación con el ámbito de aplicación objetivo, lo siguiente: *«Capítulos II, III, IV, V y VI del Título IV, así como el artículo 46, se aplicarán a las actuaciones de cualesquiera de las entidades del sector público dirigidas a la gestión y ejecución de proyectos y actuaciones que sean financiables con los fondos europeos del Instrumento Europeo de Recuperación, Fondo Europeo de Desarrollo Regional, Fondo Social Europeo Plus, Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y Fondo Europeo Marítimo y de Pesca.».*

Se aprecia así una discordancia, en cuanto al ámbito de aplicación, entre la regla del artículo 58 y la regla del apartado 2 del artículo 2, dado que el artículo 58 "Recurso especial en materia de contratación" del PRTR, se encuentra dentro del capítulo III del PRTR, denominado "Especialidades en materia de contratación", del Título IV "Especialidades de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia".

Pues bien, la discordancia entre ambas regulaciones debe resolverse a favor de la contenida en el artículo 2.2, y ello puesto que el mismo tiene por objeto, como indica su rúbrica, delimitar el ámbito de aplicación de la totalidad del Real Decreto-ley 36/2020 tanto en su aspecto subjetivo (apartado 1) como en su aspecto objetivo (apartados 2, 3 y 4), por tanto las reglas en él contenidas han de dirimir la presente cuestión, de lo que se concluye que a los proyectos financiados con Fondo Social Europeo Plus, les resulta de aplicación las disposiciones contenidas en el capítulo III del Título IV de la referida norma y por tanto el reiterado artículo 58, en cuyo apartado a) dispone: *«a) El órgano de contratación no podrá proceder a la formalización del contrato hasta que hayan transcurrido diez días naturales a partir del día siguiente a la notificación, la resolución de adjudicación del contrato. En este mismo supuesto, el plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación, cuando proceda, será de diez días naturales y se computará en la forma establecida en el artículo 50.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre.».*

Cabe señalar que bajo la denominación de Fondo Social Europeo Plus se incluyen cuatro instrumentos de financiación entre los que se encuentra el Fondo Social Europeo.

Por tanto y una vez concluido que, en el supuesto examinado, el plazo para la interposición de recurso especial en materia de contratación es el de diez días naturales, en cuanto al cómputo del mismo ha de tenerse en cuenta que la resolución de adjudicación del lote 39 del contrato fue publicada en el perfil de contratante el 15 de noviembre de 2022, y notificada a la recurrente en esa misma fecha. Por lo que, de conformidad con los preceptos legales citados, debe tomarse como *"dies a quo"* para el inicio del cómputo del plazo, el 15 de noviembre de 2022, y como *"dies ad quem"* el 25 de noviembre de 2022; por lo que el recurso presentado en el registro de este Tribunal el 28 de noviembre de 2022, resulta del todo extemporáneo.

En consecuencia, concurre causa de inadmisión del recurso especial porque se ha presentado fuera del plazo previsto en el artículo 58.a) del PRTR, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55 d) de la LCSP, siendo competente este Tribunal para la apreciación del cumplimiento de los requisitos para su admisión.

Procede la inadmisión del recurso interpuesto por extemporáneo.

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 **AUTOCARES ROFRAN S.L.**, empresa miembro de la UTE AUTOCARES ISABEL EGEA, S.C.A., AUTOCARES ROFRAN S.L.-AUTOCARES RODRIGO SL -NIEVABUS, S.L. Y AUTOCARES BARAZA, S. L., contra la adjudicación del contrato denominado "Servicio de transporte escolar en los centros docentes públicos de la provincia de Almería dependientes de la Consejería de Educación y Deporte de la Junta de Andalucía, con origen de financiación en fondos europeos", (Expte. CONTR 2022 0000521990, (00102/ISE/2022/AL)), en relación con el lote 39, tramitado por la Agencia Publica Andaluza de Educación, ente adscrito a la Consejería de Desarrollo Educativo y Formación Profesional, por haberse presentado el mismo fuera del plazo legal.

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, respecto del lote 39.

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.