Recurso 542/2022
Resolución 27/2023
Sección Tercera

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

Sevilla, 23 de enero de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DNOTA MEDIO AMBIENTE S.L.,** contra la adjudicación del contrato denominado "Suministro de equipos de medición para el mapa de contaminación atmosférica con sensores y monitoreo del Metropolitano de Granada", (Expte. CONTR/2022/615252(T-MG6073/OAT0 - 50000019779)), convocado por la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía, ente adscrito a la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 22 de julio de 2022, se publicó, en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía y en el Diario Oficial de la Unión Europea, el anuncio de licitación por procedimiento abierto del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. El valor estimado del contrato asciende a la cantidad de 144.000 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 de licitación y mediante resolución de 22 de diciembre de 2022, el órgano de contratación adjudica el citado contrato de suministro a la entidad KUNAK TECHNOLOGIES S.L., (en adelante KUNAK o la adjudicataria).

SEGUNDO. El 27 de diciembre de 2022, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad DNOTA MEDIO AMBIENTE S.L., (en adelante DNOTA o la recurrente) contra la citada resolución de adjudicación del contrato.

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 informe sobre el mismo, así como la documentación necesaria para su tramitación y resolución. Lo solicitado ha sido recibido en este Órgano.

Posteriormente, la Secretaría del Tribunal concedió un plazo de 5 días hábiles a las entidades licitadoras para que formularan las alegaciones al recurso interpuesto que considerasen oportunas, habiéndose recibido las presentadas por la entidad adjudicataria.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el 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 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. Acto recurrible.

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de poder adjudicador, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

En cuanto al plazo de interposición del recurso, en el supuesto examinado, conforme a la documentación enviada por el órgano de contratación, la resolución de adjudicación fue publicada en el perfil de contratante y puesta a disposición de la entidad ahora recurrente con fecha 22 de diciembre de 2022, por lo que el recurso presentado el 27 de diciembre de 2022 en el registro de este Tribunal, se ha interpuesto dentro del plazo legal establecido en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Tramitación preferente ex lege.

El recurso se presenta contra actos derivados de una licitación financiada con fondos europeos según señala el Anexo I del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), 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".*

SEXTO. Alegaciones de las partes.

1. Alegaciones de la recurrente.

Analizados los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta. Al respecto, la recurrente interpone el presente recurso contra la resolución de adjudicación del contrato, solicitando a este Tribunal que, con estimación del mismo, se *«deje sin efecto el acuerdo de adjudicación impugnado, retrotrayendo el procedimiento al momento de la valoración de las ofertas para que, garantizando el cumplimiento del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, se rechace la proposición de la empresa KUNAK TECHNOLOGIES, S.L. y se adjudique el contrato a la empresa DNOTA MEDIO AMBIENTE, S.L..»*.

Como fundamento de su pretensión la recurrente argumenta que la oferta presentada por la mercantil KUNAK contraviene las previsiones contenidas tanto en el PCAP como en el pliego de prescripciones técnicas (PPT). Afirma que tal incumplimiento se deduce del propio contenido del informe de evaluación de los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor, emitido con fecha 6 de octubre de 2022, en el que expresamente consta que: *"KUNAK propone la subcontrata a CAF para la instalación del equipamiento y puesta en marcha, implantación de los dispositivos y la infraestructura asociada a la instalación de los mismos."*

Aduce que tal previsión de subcontratación en la propuesta de la adjudicataria es contraria a las disposiciones contenidas en el apartado 1 del Anexo I *"Características del Contrato"* del PCAP, en el que respecto a la justificación de la no división del contrato en lotes, se dice textualmente: *«el suministro de equipos altamente especializados desde el punto de vista tecnológico, como es el caso de los equipos de medición de la calidad del aire, requieren que su instalación, calibración y puesta en funcionamiento se realice por personal cualificado de la empresa suministradora.».*

Considera, que si bien el PCAP con carácter general permite la subcontratación de los trabajos, sin embargo el citado apartado 1 del Anexo I del PCAP expresamente prevé que los equipos de medición de calidad del aire, objeto del suministro, por su alta especialización tecnológica no pueden ser objeto de subcontratación como pretende la adjudicataria.

Afirma que en similares términos se pronuncia el PPT, que en su apartado 6 indica que *«la empresa adjudicataria dispondrá del personal necesario para realizar el suministro e instalación de los equipos de medición de calidad del aire en las ubicaciones propuestas del Metropolitano de Granada.».* Y en el apartado 7.1. del PPT, que establece entre las obligaciones del contratista, la de: *«Prestar el servicio de acuerdo con el régimen establecido en este pliego, por medio de su propio personal e instalaciones necesarios.»*

Por lo expuesto considera que la admisión de la oferta de KUNAK implicaría una situación de desventaja competitiva para otros licitadores, que no contemplaron la posibilidad de subcontratar, por ser manifiestamente contrario a lo establecido en los pliegos. Por lo que insiste en que la adjudicataria KUNAK debe ser excluida ya que de lo contrario *«se estarían vulnerando los principios de igualdad en la concurrencia, al ser admitida una propuesta que incumple manifiestamente lo establecido en las normas de contratación.»*

2. Alegaciones del órgano de contratación.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe se opone a las pretensiones de la recurrente solicitando, a este Tribunal, la inadmisión del recurso y subsidiariamente su desestimación. Además afirma que las aseveraciones contenidas en el presente recurso ya fueron puestas de manifiesto por la recurrente con ocasión del escrito presentado contra el Informe elaborado por el comité técnico sobre los criterios de adjudicación valorados mediante un juicio de valor; y al que se le dio cumplida respuesta mediante informe emitido por el

citado comité técnico con fecha 2 de noviembre de 2022, que le fue remitido a la entidad recurrente por la Secretaria de la mesa de contratación, con fecha de 7 de noviembre de 2022.

Los motivos de oposición al recurso, aducidos por el órgano de contratación en su informe, son los siguientes:

- Alega que la recurrente vulnera la doctrina de los actos propios cuando impugna la resolución de adjudicación del contrato argumentando al efecto que *«– la subcontratación sí viene permitida por el PCAP (apartado 10 del Anexo I) – y que además la recurrente reconoce en su propio escrito de recurso que los Pliegos permiten la subcontratación, por lo que no se entiende la clara contradicción en la que incurre al plantear el recurso.*

Es más, los Pliegos exigieron que de conformidad con lo previsto por el art. 215.2 a) que las licitadoras deberían indicar en la oferta la parte del contrato que tuvieran previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización. En base a ello, la recurrente, fue requerida por la Mesa, tras la apertura de la documentación administrativa – Sobre 1- en aras a aclarar su opción de subcontratar o no y la requerida cumplimenta el requerimiento el 21/09/2022, según obra en el expediente, en los siguientes términos: (…) "Que la empresa a la que representa no tiene intención de subcontratar ninguna parte del contrato."».

- Afirma que mediante el presente recurso se está pretendiendo impugnar el contenido del PCAP, en el que se reitera que sí permite la subcontratación. En este sentido, el informe al recurso considera que son de aplicación al presente asunto las previsiones contenidas en el artículo 50.2 de la LCSP que establece que: *«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.»;* y afirma que por este motivo el recurso planteado incurre en causa de inadmisión.

- Por último, y tras citar la doctrina de la discrecionalidad técnica, el informe afirma que lo que realmente subyace en el recurso es la oposición de la recurrente al informe del comité técnico, y concluye afirmando que: *«la recurrente no ha desvirtuado, en forma alguna, el contenido técnico del informe confeccionado por el Comité de expertos.»*.

3. Alegaciones de la entidad interesada.

Por último, la entidad adjudicataria se opone asimismo a lo argumentado por la recurrente en los términos reflejados en su escrito de alegaciones y que, constando en las actuaciones del procedimiento de recurso, aquí se dan por reproducidos.

SÉPTIMO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

La controversia que el presente asunto plantea se centra en discernir si la previsión de subcontratación contenida en la propuesta presentada por la entidad adjudicataria contraviene las previsiones contenidas en los pliegos, como afirma la recurrente, o si por el contrario, y como defiende el órgano de contratación, la subcontratación está expresamente permitida por el PCAP por lo que la oferta de la adjudicataria no incurre en incumplimiento alguno.

Al respecto ambas partes apoyan sus alegaciones en el clausulado del PCAP. Así, la recurrente cita el apartado 1 del Anexo I "Características del Contrato" del PCAP, en el que respecto a la justificación de la no división del contrato en lotes, se dice textualmente: *«el suministro de equipos altamente especializados desde el punto de vista tecnológico, como es el caso de los equipos de medición de la calidad del aire, requieren que su instalación, calibración y puesta en funcionamiento se realice por personal cualificado de la empresa suministradora.».* Además refiere, el escrito de recurso, que en similares términos se pronuncia el apartado 6 del PPT.

El órgano de contratación, por su parte, cita el contenido de apartado 10 del Anexo I del PCAP, que dispone lo siguiente: *«10. SUBCONTRATACIÓN (Cláusula 17)*
Determinadas partes o trabajos deberán ser ejecutadas directamente por la persona contratista o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma: No.».

Por tanto, el planteamiento de la cuestión pone de manifiesto la necesidad de interpretar el clausulado de los pliegos para dar respuesta a la controversia que el presente asunto plantea.

Para ello se ha de partir de las previsiones contenidas en el artículo 215 de la LCSP relativo a la subcontratación que, en su apartado 1, establece: *"El contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos, salvo que conforme a lo establecido en las letras d) y e) del apartado 2.º de este artículo, la prestación o parte de la misma haya de ser ejecutada directamente por el primero.*
En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado".

Continúa el apartado 2. e) del citado artículo 215 en los siguientes términos: *"De conformidad con lo establecido en el apartado 4 del artículo 75, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos que determinadas tareas críticas no puedan ser objeto de subcontratación, debiendo ser estas ejecutadas directamente por el contratista principal. La determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación".*

Es decir, la regla general establecida por la LCSP es que el contratista pueda subcontratar la realización parcial de la prestación, si bien esta subcontratación puede ser total o parcialmente limitada reservándose todo o parte de la ejecución del contrato al contratista siempre y cuando los pliegos lo prevean así, en dos supuestos. El primero es el previsto en el artículo 215.2 d) de la LCSP que permite la subcontratación previa autorización del órgano de contratación. El segundo, en el artículo 215.2 e) de la LCSP, en los contratos de obras, los contratos de servicios o los servicios o trabajos de colocación o instalación en el contexto de un contrato de suministro, cuando los órganos de contratación lo establezcan en los pliegos, determinadas tareas críticas que debe ejecutar directamente el contratista principal, la determinación de las tareas críticas deberá ser objeto de justificación en el expediente de contratación.

En el presente asunto la cláusula 17 del PCAP regula la subcontración en los siguientes términos:
"17. Subcontratación
De conformidad y con las limitaciones establecidas en el artículo 215 de la LCSP, la persona contratista podrá concertar con terceras personas la realización parcial de la prestación objeto de este contrato, con las excepciones

recogidas en el presente pliego, lo que implicará la realización de una parte de la prestación, objeto del contrato, por persona o entidad distinta de la persona contratista, que está ligada a ésta por un contrato que es siempre de naturaleza privada, de tal modo que la persona subcontratista solo queda ligada ante la persona contratista, no teniendo ésta acción directa contra esta Administración. No obstante, la persona contratista tiene siempre la responsabilidad de ejecutar todo el contrato.
De conformidad con los artículos 75.4 y 215.2 e) de la LCSP, en el Anexo I-apartado 10 se especificará si hay determinadas tareas críticas, partes o trabajos que, en atención a su especial naturaleza, deberán ser ejecutadas directamente por la persona contratista o, en el caso de una oferta presentada por una unión de empresarios, por un participante en la misma, si se dieran los supuestos de los artículos 215.2 d) y e) de la LCSP.
En el Anexo I-apartado 10 se indicará si las personas licitadoras tendrán la obligación de cumplimentar la sección D, de la parte segunda del DEUC. (...)"

Por su parte el apartado 10 del Anexo I del PCAP, como anteriormente se refirió, responde en sentido negativo a la cuestión de que determinadas partes del contrato haya de ser ejecutadas directamente por el propio contratista, y por consiguiente no identifica ninguna parte del contrato o de los trabajos reservada a tal efecto.

El debate se genera, a juicio de la recurrente, en la disposición contenida en Anexo I del PCAP, en el que con ocasión de la justificación de la no división del contrato en lotes, se dice textualmente que: *«el suministro de equipos altamente especializados desde el punto de vista tecnológico, como es el caso de los equipos de medición de la calidad del aire, requieren que su instalación, calibración y puesta en funcionamiento se realice por personal cualificado de la empresa suministradora.».*

Pues bien en el contexto del presente contrato, resulta más razonable la postura defendida por el órgano de contratación al entender que los trabajos objeto del presente contrato pueden ser subcontratados y ello por los siguientes motivos:

- En el clausulado del PCAP dedicado a la regulación de esta figura -cláusula 17 y apartado 10 del Anexo I cuyo título y finalidad es específicamente la subcontratación- su posibilidad no se encuentra limitada y en consecuencia no se identifica parte alguna del contrato que deba ejecutar directamente el contratista principal. Por lo que dicha regulación deviene concluyente sobre la presente cuestión y debe prevalecer, no sólo por su particularidad y concreción y, porque de este modo se está favoreciendo el principio de concurrencia de licitadoras, sino además, porque conforme a la regulación dada por la LCSP para que los pliegos puedan limitar la posibilidad de subcontratar, ello ha de ser respetando lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 215.2 citado, circunstancias que en el presente supuesto no concurren .

- La recurrente fundamenta su pretensión en la redacción dada en el PCAP a la justificación de la no división en lotes del contrato, que en efecto deviene incongruente con la regulación de la figura de la posibilidad de subcontratación. Ahora bien, la finalidad contenida en la citada regulación del pliego persigue la justificación de la no división en lotes del contrato, y en ese contexto ha de ser interpretada, por lo que su contenido no puede anteponerse a la solución prevista en el clausulado específico del pliego a la posibilidad de subcontratación. Además, la entidad recurrente fue requerida, tras la apertura del sobre 1, sobre su intención de subcontratar, cuestión a la que expresamente respondió que no. Sin que conste en el expediente que la recurrente haya solicitado aclaración o formulado consulta sobre la posibilidad de subcontratación, y ello pese a los claros términos en los que se pronuncia el apartado 10 del Anexo I del PCAP, cuyo contenido refiere la propia recurrente en su alegación al afirmar que la subcontratación estaba permitida en la presente licitación con carácter general. Por lo que, tal como afirma el órgano de contratación, la contradicción existente entre las citadas cláusulas del

PCAP pudo haberse puesto de manifiesto en el momento en el que era posible la impugnación de los pliegos, pues transcurrido dicho plazo el contenido de los mismos deviene firme para las partes y la presentación de la proposición por el empresario supone la aceptación incondicionada de la totalidad de sus cláusulas, sin salvedad o reserva alguna, tal como se dispone en el artículo 139 de la LCSP.

Cabe señalar que, en el conocimiento del presente asunto se ha puesto de manifiesto que el órgano de contratación justificó la no división en lotes esgrimiendo un argumento del todo inconsistente e incongruente con la propia regulación contenida en el PCAP. Por lo que el presente expediente adolece de una motivación válida para no dividir en lotes el objeto del contrato y por consiguiente no satisface a priori la finalidad perseguida por el artículo 99.3 de la LCSP.

- En cuanto a la alegación de la recurrente en la que afirma que la subcontratación era igualmente contraria a las previsiones contenidas en el PPT, se ha comprobado que en efecto el PPT, en una redacción poco diligente, contiene contradicciones al respecto con el clausulado del PCAP, al afirmar en su apartado 6 que *«la empresa adjudicataria dispondrá del personal necesario para realizar el suministro e instalación de los equipos de medición de calidad del aire en las ubicaciones propuestas del Metropolitano de Granada.».* Ahora bien, la forma de resolver dicha discrepancia o discordancia se recoge en la cláusula 1 del PCAP, que dispone que *«En caso de discordancia entre el presente pliego y cualquiera del resto de los documentos contractuales, prevalecerá el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en el que se contienen los derechos y obligaciones que asumirán las partes del contrato.».*

Queda, pues, claro que en caso de discordancia, discrepancia o contradicción entre el PCAP y el PPT prevalece el primero, y por consiguiente la regulación en el mismo contenida en el apartado 10 del Anexo I del PCAP respecto a la posibilidad de subcontratación en la presente licitación.

En sentido similar, se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 247/2016, de 14 de octubre y en la Resolución 130/2020, de 28 de mayo.

- Por lo expuesto, a juicio de este Tribunal, la interpretación de permitir la subcontratación es la más razonable ante la incongruencia en la que incurrieron los pliegos y ello además porque una interpretación en sentido contrario, como defiende la entidad recurrente, llevaría a la exclusión de una licitadora, por mor de una confusión en el clausulado del pliego que no ha ocasionado, interpretación que además de llevar a consecuencias desproporcionadas, resultaría restrictiva a la concurrencia en la presente licitación. En este sentido, es oportuno recordar que la posibilidad de que los pliegos generen confusión o ambigüedad nunca puede perjudicar a las entidades licitadoras y en este caso a la adjudicataria. Así lo viene reconociendo este Tribunal en sus resoluciones, valga por todas la Resolución 128/2015, de 7 de abril, que anuló el acuerdo de exclusión de una oferta señalando que *«(...) las cláusulas de los pliegos deben ser claras y precisas y no deben generar confusión a los licitadores a la hora de formular sus ofertas, de acuerdo con una reiteradísima jurisprudencia –SSTS de 19 de marzo de 2001, de 8 de junio de 1984 y de 13 de mayo de 1982-, según la cual, los pliegos constituyen la ley del contrato como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades y en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil sobre interpretación de los contratos, cuyo artículo 1.288 preceptúa que "La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiere ocasionado la oscuridad"»*

Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que procede desestimar el recurso interpuesto.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **DNOTA MEDIO AMBIENTE S.L.,** contra la adjudicación del contrato denominado "Suministro de equipos de medición para el mapa de contaminación atmosférica con sensores y monitoreo del Metropolitano de Granada", (Expte. CONTR/2022/615252(T-MG6073/OAT0 - 50000019779)), convocado por la Agencia de Obra Pública de la Junta de Andalucía, ente adscrito a la Consejería de Fomento, Articulación del Territorio y Vivienda.

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. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas 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.