

Recurso 165/2015**Resolución 396/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 17 de noviembre de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **TALHER, S. A.** contra el Acuerdo de fecha 6 de julio de 2015, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Roquetas de Mar, de adjudicación relativo al contrato denominado *“Prestación del servicio de conservación de caminos rurales en el término municipal de Roquetas de Mar”* (Expte. 01/15), convocado por la mencionada entidad local, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 26 de febrero de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, fue objeto de publicación el 14 de marzo de 2015 en el Boletín Oficial del Estado núm. 63. Por otro lado con fecha 27 de febrero de 2015 se publicó el citado anuncio en el perfil de



contratante de la Plataforma de Contratación del Sector Público.

El valor estimado del contrato asciende a 1.540.000,00 euros.

SEGUNDO. La licitación se llevó a cabo de conformidad con la tramitación prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. Igualmente, es de aplicación el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la citada Ley, y el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Entre las empresas que presentaron sus proposiciones en el procedimiento se encontraba la recurrente.

TERCERO. Tras la valoración de las ofertas presentadas, el 6 de julio de 2015 la Junta de Gobierno Local acordó adjudicar el contrato de servicios mencionado en el encabezamiento de esta Resolución. En concreto, el servicio se adjudica a la entidad BOREAL BLUE CONTROL Y SERVICIOS, S.L. (en adelante BOREALBLUE), dicho acuerdo fue remitido a la recurrente con fecha 17 de julio de 2015.

CUARTO. Con fecha 22 de julio de 2015, se formaliza contrato administrativo del servicio de conservación de caminos rurales en el término municipal de Roquetas de Mar entre el mencionado Ayuntamiento y la entidad BOREALBLUE.

QUINTO. El 3 de agosto de 2015, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación interpuesto por TALHER, S.A. (en adelante TALHER) contra el Acuerdo por el que se adjudica el contrato mencionado. La recurrente solicita además en su escrito de recurso el



mantenimiento de la suspensión automática del procedimiento de contratación.

SEXTO. El 7 de agosto de 2015, tuvo entrada en el Registro Auxiliar de este Tribunal oficio procedente del órgano de contratación en el que se daba traslado del recurso especial interpuesto, junto con el expediente de contratación, informe sobre el recurso y listado comprensivo de los licitadores que habían participado en la licitación así como sus datos a efectos de notificaciones. El 11 y 12 de agosto de 2015, se solicitó por parte de la Secretaría de este Tribunal documentación complementaria, recibándose la misma en el Registro Auxiliar con fecha 13 y 18 de agosto.

SÉPTIMO. Mediante resolución de 18 de agosto de 2015, este Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento de adjudicación.

OCTAVO. El 19 de agosto de 2015, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los licitadores a efectos de alegaciones por un plazo de cinco días hábiles, notificándose además mediante anuncio publicado en el BOE número 232 de 28 de septiembre de 2015. En el plazo concedido para ello ha presentado alegaciones la entidad BOREALBLUE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Procede, en primer lugar, analizar la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso interpuesto, habida cuenta que la actuación impugnada procede de una Corporación Local.

El artículo 41.4 del TRLCSP dispone que *“En el ámbito de las Corporaciones Locales, la competencia para resolver los recursos será establecida por las normas de las Comunidades Autónomas cuando éstas tengan atribuida competencia normativa y de ejecución en materia de régimen local y contratación.*



En el supuesto de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se integran las Corporaciones Locales hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito.”

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, cuyo artículo 1 lo define como órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional, al que corresponderá, entre otras competencias, el conocimiento y resolución de los recursos especiales en materia de contratación contra actos dictados en materia de contratación pública que emanen de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

Asimismo, el artículo 10, apartados 1 y 2, del citado Decreto, bajo el título “Entidades locales de Andalucía”, dispone lo siguiente:

“1. En el ámbito de las entidades locales andaluzas y de los poderes adjudicadores vinculados a las mismas, la competencia para el conocimiento y resolución del recurso especial en materia de contratación, de la cuestión de nulidad y de las reclamaciones a que se refiere el artículo 1 de este Decreto corresponderá a los órganos propios, especializados e independientes que creen, que actuarán con plena independencia funcional conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (...).

2. De conformidad con la competencia de asistencia material a los municipios que atribuye a las provincias el artículo 11.1 c) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, y en la forma regulada en el artículo 14.2 de dicha Ley, el conocimiento y resolución de estos recursos especiales y de las citadas cuestiones de nulidad y



reclamaciones podrán corresponder a los órganos especializados en esta materia que puedan crear las Diputaciones Provinciales.”

De otro lado, el apartado 3 del artículo 10 del Decreto autonómico citado, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto, por el que se acuerda el funcionamiento del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía como órgano colegiado, y se modifica el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el mismo, dispone que *“En el caso de que las entidades locales y poderes adjudicadores vinculados a las mismas no hayan optado por la posibilidad descrita en los apartados anteriores, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía será el competente para resolver los recursos, reclamaciones y cuestiones de nulidad respecto a los actos de dichas entidades.”*

Por tanto, en lo que se refiere a los recursos de las Corporaciones Locales de Andalucía, por aplicación de la disposición estatal antes citada, hay que estar necesariamente a lo dispuesto en la norma autonómica sobre la materia, en concreto, al artículo 10 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, precepto que no atribuye directamente competencia a este Tribunal para la resolución de los recursos especiales procedentes de dichas Corporaciones, pues permite que aquellas creen sus propios órganos especializados o que las Diputaciones Provinciales del ámbito respectivo puedan resolver dichos recursos a través de órganos propios también especializados y solo en defecto de dichos órganos, este Tribunal autonómico asume la competencia para la resolución de aquéllos.

En el presente supuesto, el Ayuntamiento de Roquetas de Mar remite a este Tribunal el escrito de recurso, copia compulsada del expediente, así como listado de licitadores participantes en la licitación, no comunicando que haya procedido a la creación de órgano propio para la resolución de los recursos especiales en



materia de contratación, por lo que resulta competente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitadora en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

Sobre esta cuestión argumenta en su escrito de alegaciones la entidad interesada BOREALBLUE, que el recurso interpuesto por la recurrente debe entenderse extemporáneo, puesto que ésta tuvo conocimiento de la infracción que ahora recurre cuando se le notificó el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 22 de mayo de 2015, por el que se propone la adjudicación.

En este sentido y como este Tribunal ha tenido la ocasión de manifestar en innumerables ocasiones, la última de ellas la resolución 367/2015 de 22 de octubre, el acto de clasificación de proposiciones presentadas y requerimiento al licitador que formuló la propuesta económicamente más ventajosa, no es susceptible de recurso, disponiendo el licitador de la vía prevista en virtud del artículo 40.3 del TRLCSP para alegar las irregularidades del procedimiento, al recurrir el acto de adjudicación.

Efectivamente, la recurrente impugna el Acuerdo en el que se resuelve adjudicar un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, y que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 c) del TRLCSP.



CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*

La resolución de adjudicación impugnada fue remitida a la recurrente el 17 de julio de 2015, presentándose el recurso en el Registro del órgano de contratación el 3 de agosto de 2015, por lo que el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal antes expresado.

QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta.

El recurso se dirige formalmente contra la adjudicación del contrato acordada por la Junta de Gobierno Local el 6 de julio de 2015, y materialmente contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 22 de mayo de 2015, por el que se resuelve aprobar el acta de la sesión de la mesa de contratación de 13 de mayo de 2015, donde se propone al órgano de contratación dejar sin efecto la aplicación del criterio de adjudicación establecido en el apartado M) -subcriterio 3: Mejora en la fórmula de revisión de precio- del cuadro anexo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), así como cualquier otra referencia a la revisión de precios, reflejada en concreto en el apartado D) de su cuadro anexo, así como en las cláusulas VI.IV.2. y IX.2.

Considera la recurrente que la consecuencia del mencionado acuerdo es totalmente contraria a lo que las bases de la licitación habían establecido, pues al eliminar de la valoración el criterio anteriormente mencionado pasa, de ser adjudicataria la recurrente, a serlo la entidad BOREALBLUE. En este sentido considera que debió la Administración anular las citadas cláusulas, las mejoras y



en consecuencia el procedimiento de licitación. Por tanto entiende ésta que la actuación del órgano de contratación denota mala fe y un claro abuso de poder pues perjudica a unos licitadores y beneficia a otros de forma arbitraria.

Alude la recurrente a las técnicas que permiten el control jurisdiccional de la Administración tan ampliamente configurado por el artículo 106.1 de la Constitución Española y que se extienden incluso a los aspectos discrecionales de las potestades administrativas; en primer lugar el control de los hechos determinantes que en su existencia y características escapan a toda discrecionalidad, en segundo lugar la contemplación o enjuiciamiento de la actividad discrecional a la luz de los principios generales del derecho y finalmente el principio de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogido en el artículo 9.3 de la Constitución.

Considera que la justificación del concreto contenido de un acto discrecional no puede basarse en el dato de su discrecionalidad, sino que se legitimará explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad y de buena administración.

Por todo ello solicita la recurrente que se resuelva la nulidad del Acuerdo, de 22 de julio de 2015, de la Junta de Gobierno Local de adjudicación del contrato mencionado, y que se acuerde retrotraer las actuaciones al momento inicial de la licitación pudiendo iniciar un nuevo procedimiento en el que se corrijan las infracciones legales apreciadas.

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta en su informe que la Junta de Gobierno adoptó acuerdo el 6 de julio de 2015, en base a lo reflejado en el acta de la Mesa de Contratación de 13 de mayo de 2015, de adjudicación a favor de BOREALBLUE, por considerar su oferta la más ventajosa.



En este sentido expone el órgano de contratación, que no resultaba procedente que el criterio determinante para la adjudicación infringiese lo dispuesto en la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014, por lo que aprobó dejar sin efecto la aplicación del criterio 3 establecido en el apartado M) del cuadro anexo al PCAP, así como cualquier otra referencia a la revisión de precios reflejada en el mismo y en concreto el apartado D) de su cuadro anexo, así como en las cláusulas VI.IV.2 y IX.2.

Finalmente, la entidad adjudicataria expone en su escrito de alegaciones, en síntesis, que ninguno de los licitadores puso en duda la legalidad del procedimiento hasta la aprobación, por parte de la Junta de Gobierno Local el 6 de julio de 2015, de la propuesta de adjudicación realizada por la mesa de contratación. En este sentido, no se interpuso recurso contra el PCAP ni contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 22 de mayo de 2015, donde se aprueba el acta relativa a la sesión de la mesa de contratación, de valoración del informe técnico y apertura del sobre C, momento en el que se fundamentan los motivos por los que se eligió la oferta económicamente más ventajosa.

De esta forma considera la entidad interesada que THALER no recurrió en tiempo y forma ni los pliegos ni el acuerdo mencionado y que ahora recurre un acto, el Acuerdo de adjudicación, donde no se hace referencia a la cuestión impugnada por la recurrente.

SEXTO. Vistas las alegaciones formuladas por las partes procede entrar a conocer el fondo del asunto. En primer lugar, se debe analizar el contenido del acto al que se refiere la recurrente en su escrito de recurso, el PCAP y en especial aquellas cláusulas que son objeto de impugnación.

Del expediente remitido a este Tribunal, y en concreto del contenido del Cuadro Anexo al PCAP, se extraen aquellos apartados alegados por las partes en sus escritos.



“D) Revisión de precios: procede la revisión de precios. Esta revisión en ningún caso puede superar el límite establecido en el artículo 90 del TRLCSP, esto es, no podrá superar el 85% de la variación experimentada por el índice adoptado. En cuanto a la fórmula de revisión de precio, ésta será anual (a partir del decimotercer mes de ejecución del contrato o desde la firma del contrato), ejecutado el 20% del importe de licitación. Se aplicará la variación del Índice de Precios al Consumo (general), determinado por el instituto Nacional de Estadística de los doce meses inmediatamente anteriores al que proceda, a no ser que la empresa adjudicataria proponga una fórmula de revisión de precio que sea más favorable al Ayuntamiento”.

Por otro lado, también se hace referencia a la revisión de precios dentro de los criterios de adjudicación incluidos en el apartado M) del cuadro anexo al PCAP, “criterios de valoración de ofertas” en concreto en el subapartado 3 “mejora en la fórmula de revisión de precio. 15 puntos. Sobre C” donde se establece “se tendrá en cuenta para su valoración el aumento de unidades porcentuales sobre el IPC de aplicación. Para su valoración se utilizará una regla de tres, otorgando la máxima puntuación a la oferta más ventajosa”.

Las partes mencionan en sus escritos dos cláusulas del PCAP, por un lado la VI.IV.2 “Plazos y penalidades” donde se dispone en relación con la revisión de precios “en el caso de que el contrato incluyera cláusulas de revisión de precios y el cumplimiento incumplimiento del plazo fuera imputable al contratista, se procederá en la forma y en los términos previstos en el artículo 93 del TRLCSP”.

También se alude a la cláusula IX.2 dentro de la regulación de la “modificación y resolución del contrato” a la revisión de precios “sin perjuicio de los supuestos previstos en el TRLCSP de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, así como la incorporación al objeto del presente contrato de nuevas instalaciones



municipales, previamente autorizadas por el Ayuntamiento, no se podrá modificar el presente contrato a no ser que se produzca la concurrencia de cualquiera de las circunstancias enumeradas en el artículo 107 del TRLCSP”.

Sobre estas cuestiones, en el acta de la sesión de la mesa de contratación celebrada el 13 de mayo de 2015 y aprobada por el órgano de contratación el 22 de mayo, se adopta el siguiente acuerdo:

“En cuanto al criterio denominado «3. mejora en la fórmula de revisión de precio. 15 puntos. Sobre C. Se tendrá en cuenta para su valoración el aumento en unidades porcentuales sobre el IPC de aplicación. Para su valoración se utilizará una regla de tres otorgando la máxima puntuación a la oferta más ventajosa», la mesa ha de hacer constar que el expediente así como los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, fueron aprobados y publicados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 22/2013 (B.O.E. nº309 de fecha 26 de diciembre de 2013), de Presupuestos Generales del Estado para 2014 y, en lo que atañe a la aplicación de su Disposición Adicional número octogésima octava (Desindexación respecto a índices generales de contratos del sector público), que establece que «los sistemas de revisión de precios o tarifas o valores monetarios aplicables a la gestión de servicios públicos no podrán referenciarse a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga», da una especial significancia a la aplicación del criterio relativo a la fórmula de revisión de precio, con lo que la cláusula que examinamos, que establece el coeficiente de revisión de precios en función de la evolución del IPC, de aplicarse, incurría en vulneración de la Disposición Adicional citada, tal y como se establece en los fundamentos de derecho de la Sentencia (sic) del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 360/2014, de 9 de mayo, Rec. 278/2014.

Por tanto, la Mesa ha considerado oportuno poner de manifiesto ante el órgano de contratación esta circunstancia, al entender que no procede que el



criterio determinante para la adjudicación del contrato infrinja lo establecido en la Ley 22/2013. En este sentido, de acuerdo con el fundamento jurídico número cuatro de la citada sentencia, la Mesa propone al órgano de contratación dejar sin efecto la aplicación del criterio 3 establecido en el apartado M) del cuadro anexo, así como cualquier otra referencia a la revisión de precios reflejada en el PCAP, en concreto en el apartado D) de su cuadro anexo, así como en las cláusulas VI.IV.2. y IX.2”.

De esta forma, el órgano de contratación decide inaplicar determinadas partes del PCAP, al entender que eran contrarias a lo dispuesto en la Disposición Adicional octogésima octava de la Ley 22/2013 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 pues establecía que, *“el régimen de revisión de los contratos del sector público cuyo expediente se haya iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley no podrá referenciarse, en lo atinente a precios o cualquier otro valor monetario susceptible de revisión, a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga y, en caso de que proceda dicha revisión, deberá reflejar la evolución de los costes. Se entiende que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimiento negociado sin publicidad, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos”.*

Por consiguiente, aquellos expedientes cuyos anuncios se publicasen con posterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Ley 22/2013, no podrán hacer referencia -en lo que revisión de precios se refiere- a ningún tipo de índice general de precios o fórmula que lo contenga.

En el presente caso, el anuncio de la licitación referenciada fue objeto de publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea el 26 de febrero de 2015, por lo que teniendo en cuenta que la Ley 22/2013, se publicó en el BOE de 26 de



diciembre de 2013, entrando en vigor, a falta de otra previsión expresa, a los veinte días de su publicación -artículo 2.1. del Código Civil- queda claro que la mencionada previsión incluida la ley 22/2013 se encontraba vigente, por lo que impedía que los contratos se revisaran conforme al índice de precios al consumo (en adelante IPC).

De lo anterior se infiere que, efectivamente, no resultó procedente la referencia a la revisión de precios conforme al IPC que quedaba reflejado en el apartado D) y en el apartado M) subcriterio 3 del cuadro anexo al PCAP, ni cualquier otra alusión incluida en los pliegos, por lo que dichas referencias han de entenderse que adolecían de un vicio de anulabilidad puesto que incluían en el clausulado de los pliegos una serie de previsiones contrarias a lo dispuesto en la Ley 22/2013, anteriormente mencionada.

En este sentido se manifiesta la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), número 360/2014 de 9 de mayo -aludida por las partes-, que sobre un caso análogo manifiesta en su fundamento de derecho quinto: *“a la fecha de publicación del anuncio de licitación del contrato que nos ocupa, ya en marzo de 2014, se encontraba en vigor la norma, con lo que la cláusula que examinamos, al establecer el coeficiente de revisión de la tarifa en función de la evolución del IPC, incurre en vulneración de la Disposición Adicional citada, procediendo su anulación”*.

No obstante, en el supuesto analizado por la resolución citada el recurso se deduce contra los pliegos, mientras que en el caso examinado el recurso se interpone contra la adjudicación, es decir, una vez que los pliegos han sido aceptados por las partes, por lo que la solución adoptada por el TACRC respecto a la anulación de los pliegos no puede resultar de aplicación en este caso.



SÉPTIMO. Visto lo anterior, procede ahora analizar las pretensiones incluidas en el escrito de recurso con relación a lo que materialmente se impugna, es decir, la actuación del órgano de contratación ante el error del que adolecía el pliego. Según se desprende del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 22 de mayo de 2015, a la vista de la vulneración de la ley 22/2013 en los aspectos analizados en el anterior fundamento de derecho, se aprueba dejar sin efecto la aplicación del criterio de adjudicación 3 “*mejora en la fórmula de revisión del precio. 15 puntos. Sobre C*” del apartado M) del cuadro anexo al PCAP, así como cualquier otra referencia a la revisión de precios, en concreto, las cláusulas VI.IV.2 y IX.2 así como el apartado D) del cuadro anexo al PCAP.

Retirados los mencionados elementos, y fruto de la estimación de los restantes criterios de valoración, se produce la propuesta de adjudicación a favor de la oferta económicamente más ventajosa, que finalmente y por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 6 de julio se confirma con la adjudicación a favor de la entidad BOREALBLUE. La recurrente considera en su escrito de recurso que el órgano no actuó correctamente, puesto que detectadas la irregularidades debió anular las citadas cláusulas, las mejoras y anular en consecuencia el procedimiento de licitación.

Considera la actual adjudicataria que el procedimiento de adjudicación ha cumplido escrupulosamente con el TRLCSP y con el resto del ordenamiento jurídico, ya que -en palabras de BOREALBLUE- no se ha impugnado o interpuesto recurso alguno contra el PCAP para la contratación del servicio referenciado, ni contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Roquetas de Mar, de 22 de mayo de 2015 -donde se acuerda aprobar, en todos sus términos, el acta de la sesión del órgano de contratación de valoración de informe técnico y apertura del sobre C y donde se fundamenta y motiva la adjudicación provisional a ésta-. Por tanto, si ninguno de los licitadores puso o ha puesto en duda la legalidad del procedimiento hasta el



Acuerdo de 6 de julio de 2015 de adjudicación del contrato, no podría hacerlo ahora al no haber sido recurrido en tiempo y forma.

Por tanto, la cuestión estriba ahora en si a través de un recurso interpuesto contra la adjudicación de un contrato, es posible anular los pliegos y todo el procedimiento de licitación.

Esta cuestión ya ha sido estudiada en numerosas resoluciones de este Tribunal, así, en la Resolución 359/2015 de 22 de octubre, se expone *“como ya hemos manifestado en distintas resoluciones, entre las más recientes la 77/2015, de 24 de febrero, alegada por una de las entidades interesadas, y la 120/2015, de 25 de marzo, los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por los licitadores, 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 ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes. De modo que la recurrente no puede impugnar con motivo de su exclusión el contenido de unos pliegos que aceptó incondicionalmente al presentar su oferta.*

No obstante, esta regla general admite una serie de excepciones, que han de concurrir de forma acumulativa, como ha tenido ocasión de poner de manifiesto este Tribunal, entre otras, en las recientes resoluciones 290/2015, de 31 de julio, 310/2015, de 3 de septiembre, 333/2015, de 7 de octubre y 342/2015, de 14 de octubre. Aquéllas son:

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 artículo 47.2 TRLCSP; esta congruencia se satisface, desde luego, si en el recurso se solicita expresamente -de modo principal o subsidiario- la nulidad



de la estipulación. También habría congruencia si solo se pide la retroacción de actuaciones o la adjudicación a la recurrente o la admisión de ésta sosteniendo una interpretación de la cláusula arbitraria alternativa a la mantenida por el órgano de contratación.

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.*

En este sentido, la Sentencia 4559/2012, de 5 de noviembre de 2012, de la Audiencia Nacional anula una Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) porque aprecia incongruencia entre la petición de la recurrente (la admisión de la oferta por entender acreditada la clasificación requerida) y la decisión adoptada por el Tribunal de recursos (la anulación de dos cláusulas del pliego por ambigüedad y la retroacción del procedimiento al momento anterior a la redacción de los pliegos). Pero dicha sentencia tiene un voto particular en el que estima que tal incongruencia no existe porque el TACRC determinó que, mientras la ambigüedad de las cláusulas anuladas no desapareciera, no era posible resolver sobre la pretensión de admisión de la oferta; de ahí que se articulara una estimación parcial, consistente en resolver la oscuridad de los pliegos para después resolver sobre la admisión.

En este mismo sentido se pronuncia la reciente Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, en la que se



declara que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que un licitador, razonablemente informado 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 de recurso contra el acto de adjudicación. Por tanto, ha de admitirse, con ocasión del recurso contra la adjudicación, las pretensiones de anulación de los anuncios y los pliegos de condiciones, siempre que se den las condiciones expuestas, aun cuando no fueran impugnados en tiempo y forma y la recurrente haya presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente”.

Procede, pues, analizar si en las pretensiones aducidas por la recurrente en su recurso concurren o no las excepciones expuestas anteriormente.

La primera excepción exige que en las estipulaciones del pliego controvertidas concorra un vicio de legalidad que conlleve su nulidad de pleno derecho.

Como ha sido objeto de análisis en el anterior fundamento de derecho, las remisiones en los pliegos al IPC, así como en uno de los criterios de adjudicación, en concreto, la mejora en la fórmula de revisión del precio sujeta al IPC, incurren en vicio de anulabilidad puesto que constituyen una infracción del ordenamiento jurídico, en concreto, contravienen lo dispuesto en la Disposición Adicional octogésima octava de la mencionada Ley 22/2013, de presupuestos del Estado para el año 2014.

Sin embargo, no cabe subsumir la mencionada infracción en uno de los supuestos de nulidad de pleno derecho tasados en el artículo 32 del TRLCSP y por remisión de éste en el artículo 62.1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), por lo que no puede predicarse que el vicio del que adolecen los



pliegos incurra en una nulidad de pleno derecho. Llegados a esta conclusión queda suficientemente acreditado que no se cumple el primero de los requisitos para poder anular los pliegos reguladores de la licitación con ocasión del recurso presentado contra la adjudicación, por lo que habiendo devenido firmes, no procede ahora su impugnación.

OCTAVO. Resta por tanto, analizar la actuación del órgano de contratación al detectar la infracción en que incurrían los pliegos. En el acta de la sesión de la mesa de contratación, celebrada el día 13 de mayo de 2015, se manifiesta el vicio del que adolecían los pliegos y se propone al órgano de contratación que no aplique las cláusulas afectadas por el mismo.

El órgano de contratación, el 22 de mayo de 2015 acuerda aceptar la propuesta de la mesa de contratación y proponer la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa. Por tanto, la cuestión a dilucidar es, si el órgano de contratación actuó correctamente cuando apreciada la infracción en las normas reguladoras del procedimiento de adjudicación, decide alterar el contenido de los pliegos.

Para resolver dicha controversia procede volver a invocar la doctrina relativa a que los pliegos son *“lex contractus”* o que una vez que los pliegos devienen firmes son ley entre partes y por tanto no procede su modificación; en este sentido, si anteriormente hemos predicado la invariabilidad de los pliegos con respecto a la impugnación indirecta de los mismos vía interposición de recurso contra el acto administrativo de adjudicación, lo mismo cabe afirmar con respecto a la variación unilateral por el órgano de contratación de los pliegos durante el procedimiento de licitación.

En este sentido se manifiesta la Resolución 1/2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que sobre este asunto afirma que *“Como es sabido los pliegos de cláusulas administrativas y de*



prescripciones técnicas constituyen la Ley del contrato, de manera que tanto los licitadores y contratistas como los órganos de contratación deben atenerse a sus cláusulas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 115 y 116 del TRLCSP y constante jurisprudencia.

Por otro lado los pliegos son inalterables, de manera que una vez que estos han sido definitivamente aprobados y publicados deben ser observados por los licitadores y no pueden ser modificados por los órganos de contratación ni durante la licitación, ni mucho menos, como en este caso, una vez adjudicado el contrato y por lo tanto conocidas las proposiciones de los licitadores. En caso contrario se atentaría contra el principio de libre concurrencia que debe presidir la contratación administrativa, así como el de transparencia, vulnerando además del procedimiento de contratación, el procedimiento legalmente establecido para la modificación de los actos administrativos.

Así el artículo 116 del TRLCP establece que los pliegos de prescripciones técnicas se aprobarán con anterioridad a la licitación del contrato, de manera que las condiciones que se exigirán a los licitadores para delimitar los términos de la ejecución del contrato, deberán estar establecidas en los términos del artículo 117 con carácter previo, como es obvio, a la realización de las ofertas”.

De lo anterior se infiere que la inaplicación por la mesa de contratación de parte del contenido del pliego, aún cuando tal inaplicación obedezca al intento de subsanar un defecto legal del pliego, supone una modificación de los pliegos durante el curso del procedimiento, que es contraria a los principios de *lex contractus* y de seguridad jurídica, arbitrando el ordenamiento contractual, como solución a estos supuestos, el desistimiento del procedimiento ante infracciones no subsanables de las normas preparatorias del contrato o reguladoras del procedimiento (artículo 155 del TRLCSP).



Por todo lo anterior, resulta claro que el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 22 de mayo de 2015, en tanto que modifica las condiciones de licitación prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, es nulo de pleno derecho en virtud del artículo 32 del TRLCSP en relación con el artículo 62.1 e) de la LRJPAC; en consecuencia y por mor del artículo 64.2 del mismo texto legal que indica que *“La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado”*, también resultaría nulo el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 6 de julio de 2015, en tanto que para la adjudicación que se resuelve en el mismo, resulta determinante la inaplicación del criterio de adjudicación que se acuerda, como antes se ha indicado, en el Acuerdo de 22 de mayo de 2015 de la Junta de Gobierno Local.

Por todo ello, este Tribunal considera que procede la estimación de este motivo de recurso.

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

ACUERDA

PRIMERO. Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **TALHER, S.A.** contra el Acuerdo de fecha 6 de julio de 2015, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Roquetas de Mar, de adjudicación relativo al contrato denominado *“Prestación del servicio de conservación de caminos rurales en el término municipal de Roquetas de Mar”* (Expte. 01/15), convocado por la mencionada Entidad Local y, en consecuencia, declarar la nulidad del acto impugnado, así como del Acuerdo de 22 de mayo de 2015 de la Junta de Gobierno Local, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la adopción del mismo, para proceder



conforme se ha manifestado en el fundamento de derecho octavo de esta Resolución y desestimar, por tanto, el resto de pretensiones de la recurrente.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento acordada por Resolución de este Tribunal de 18 de agosto de 2015.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

