

Recurso 551/2023
Resolución 595/2023
Sección Primera

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

Sevilla, 1 de diciembre de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **D^a J.A.T.**, contra la resolución del órgano de contratación, de 30 de octubre de 2023, por la que se adjudica el contrato denominado <<Concesión del servicio de explotación de cafetería de centros docentes>> respecto del **lote 20**, convocado por la Delegación Territorial de Desarrollo Educativo y Formación Profesional y de Universidad, Investigación e innovación en Jaén (Expte. CONTR 2023 0000157517), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 12 de mayo de 2023, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento restringido y tramitación ordinaria, de la concesión del servicio indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil, siendo el valor estimado del contrato 8.911.034,50 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 procedimiento de adjudicación, el 30 de octubre de 2023 el órgano de contratación dictó resolución de adjudicación de contrato de los lotes 5, 11, 12, 15, 17, 20, 21, 23, 26, 28, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38 y 39. La notificación de la adjudicación se remitió a la ahora recurrente el mismo día 30 de octubre de 2023, fecha en la que asimismo el citado acto se publicó en el perfil de contratante.

SEGUNDO. El 17 de noviembre de 2023, la persona recurrente, presentó en el registro del órgano de contratación recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del contrato de concesión de servicios, remitiéndose el citado escrito a este Tribunal el pasado 20 de noviembre, junto con la documentación necesaria para su tramitación y resolución.

Habiéndose conferido traslado del recurso al único licitador interesado en el procedimiento por plazo de cinco días hábiles para alegaciones, las ha formulado en plazo D. A.J.B.L.

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.

De conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, la recurrente ostenta interés legítimo para la interposición del recurso.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra la resolución de adjudicación de un contrato de concesión de servicios cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros y pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el recurso es procedente al amparo del artículo 44.1 c) y 44.2 c) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 d) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.

I. Alegaciones de la recurrente.

Solicita la anulación de la resolución de adjudicación a fin de que se le concedan *<<los 17 puntos que se obtendrían por la apertura en horario no habitual, puesto que el horario habitual de la que suscribe es el que comprende todas las actividades del centro>>*.

Funda esta pretensión en que existe inconcreción, ambigüedad y falta de prueba en el Anexo VIII del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), lo que ha derivado *<<en la pérdida de la licitación de concesión que llevo regentando 8 años>>*.

El citado anexo, bajo la denominación *<<Sobre nº3.-Documentación relativa a los criterios de adjudicación valorados mediante la aplicación de fórmulas>>*, señala, en lo que aquí interesa:

<<2. 2.- Mejoras (Anexo IX-A).

2.1- Aportación de electrodomésticos.

Se valorará el compromiso, por parte de la licitadora de aportación de electrodomésticos que contribuyan a la prestación del servicio de cafetería. Los electrodomésticos a valorar en esta mejora deberán ser alguno/s de los incluidos a continuación, al considerarse idóneos para la prestación del servicio de bar-cafetería de cada Centro Educativo:

- Cafetera industrial hostelería*
- Lechera*



- Horno
- Microondas
- Vitrina expositora tapas
- Tostador
- Plancha
- Robot de cocina
- Cortadora de fiambre
- Envasadora al vacío
- Batidora
- Licuadora
- Freidora
- Exprimidor de naranjas
- Frigorífico
- Congelador
- Campana extractora de humos.

Deberá incluirse, al objeto de ser puntuada, declaración responsable de compromiso de compra que especifique los artículos a aportar, incluyendo marca y modelo, o declaración responsable de los artículos de los que disponga el licitador y vaya a destinar al objeto del contrato. En cualquier caso, será obligatoria la acreditación de la clasificación energética de consumo del electrodoméstico aportado o a aportar.

2.2.- Apertura del servicio de cafetería, en horario no habitual.

Se valorará el compromiso de ofrecimiento, por parte de la licitadora, de colaboración en las actividades relevantes del centro consistente en proporcionar la apertura del servicio de cafetería, en horario no habitual con motivo de reuniones, eventos educativos y otras actividades, que la Dirección del Centro acuerde durante todo el período de ejecución del contrato>>.

Pues bien, la persona recurrente aduce lo siguiente en su escrito de recurso:

-Que lleva regentando la cafetería desde 2015 y no entiende como horario no habitual las reuniones, claustros o eventos educativos pues, desde el principio, la cafetería se ha abierto a discreción de la necesidad del centro educativo, de modo que su horario de apertura cubría todas las actividades realizadas en el centro.

-Que el Anexo VIII del PCAP da libertad para incluir cuantos electrodomésticos se quieran indicar, sin prueba alguna ni comprobación posterior, lo que supone una vulneración de los principios de libre competencia e igualdad de trato, restringiendo y obstaculizando la competencia.

- Que cuando presentó el sobre 3 ya indicó que, al llevar explotando la cafetería desde hacía varios años, todo el material y electrodomésticos de que disponía se encontraban en el centro educativo y que, al tratarse del mes de agosto, dicho centro estaba cerrado, por lo que no pudo entrar y hacer un inventario concreto; todo lo cual aporta ahora con el escrito de recurso.

II. Alegaciones del órgano de contratación.

Se alza frente al escrito de interposición del recurso oponiendo varios argumentos:

- Su inadmisión por extemporáneo, al no haber recurrido los pliegos en tiempo y forma.



- La persona recurrente no aportó en su oferta la mejora consistente en apertura del servicio de cafetería en horario no habitual, cosa que pretende ahora.

Solicita, pues, la inadmisión del recurso y, en caso de admitirlo, su desestimación.

III. Alegaciones de la persona interesada.

Se opone al recurso interpuesto esgrimiendo, en síntesis, que *<<la recurrente ya ha tenido plazo y tiempo suficiente para alegar lo que ahora alega (...)>>*.

SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. En efecto, la recurrente impugna la adjudicación del lote 20 y solicita que se conceda a su oferta 17 puntos por apertura del servicio en horario no habitual.

No obstante, pese a la impugnación formal de la adjudicación, no combate sustantivamente este acto, sino que sustenta su pretensión claramente en la impugnación del Anexo VIII del PCAP -anteriormente transcrito- al que imputa inconcreción y ambigüedad, así como vulneración de los principios de libre competencia e igualdad de trato por permitir que los licitadores incluyan cuantos electrodomésticos quieran indicar si prueba de ello, ni comprobación posterior.

Asimismo, aduce que no pudo presentar listado completo de los electrodomésticos que aportaba a la concesión del servicio por hallarse el centro educativo cerrado durante el mes de agosto. A tal fin, acompaña el inventario de electrodomésticos con el escrito de recurso.

Pues bien, lo primero que se observa es que la persona recurrente sustenta el recurso contra la adjudicación en la impugnación del Anexo VIII del PCAP; pliego que no consta fuese impugnado en plazo por la recurrente con base en este motivo, habiendo dicha licitadora presentado oferta en el procedimiento de adjudicación. Ello determina, como tantas veces hemos señalado, que, conforme señala el artículo 139.1 de la LCSP *<<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. (...)>>*, el pliego y en concreto su Anexo VIII sea ya un acto firme y consentido que no puede ser atacado indirectamente con ocasión del recurso interpuesto formalmente contra un acto posterior de la licitación como es la adjudicación.

En este sentido, existe abundante doctrina de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales. Por todas, se citan las Resoluciones 272/2023, de 19 de mayo, 624/2022, de 21 de diciembre, y 237/2019, de 18 de julio, entre otras muchas.

En esta última señalábamos que *<<(…) 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 que afecte 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 proposiciones- 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.

(...) Así pues, sin prejuzgar la validez y adecuación del criterio, lo cierto es que una mera lectura del mismo permitía detectar si aquellos extremos estaban expresados con ambigüedad como ahora se alega en el recurso contra la adjudicación, por lo que la invocación de esa posible infracción debió efectuarse en el plazo de impugnación establecido en la ley para los pliegos, transcurrido el cual los mismos adquirieron firmeza y su contenido resultó desde ese momento inalterable.

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

(...)

Por el contrario, si se estimara el recurso y se anulara el PCAP junto a todo el proceso de licitación, 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.

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2004 (RJ 2004, 5448), puede resultar contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que se consienta una o varias cláusulas o prescripciones técnicas y luego, al no resultar adjudicatario, se impugne la adjudicación argumentando que los pliegos consentidos son contrarios al ordenamiento jurídico, concluyendo el Alto Tribunal que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar a salvo los principios de buena fe y de seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los hayan consentido.

En igual sentido, la Sentencia 118/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de mayo de 2016, afirma que “el sometimiento del recurso especial contra los pliegos a plazo es una condición de procedibilidad que constituye una garantía del principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución. En consecuencia, una cláusula nula del PCAP o del PPT deberá ser recurrida dentro del plazo legalmente previsto, y si no se hace así, solo cabrá utilizar la vía del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [actual artículo 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre] reclamando de la Administración autora del acto, contra el que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo, la declaración de nulidad, previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma si lo hubiere. (...) Si no es así, no cabe efectuar pronunciamiento alguno sobre dicha clase de nulidad, cuando no se ha interpuesto el recurso administrativo o especial en materia de contratación en plazo. Dicha postura ha sido reiteradamente mantenida por el Tribunal Supremo, entre otras en sentencias de 23 de Noviembre y 7 de Diciembre de 1993, 23 de Enero de 1996, 18 de Febrero y 9 y 23 de Octubre de 1997, 29 de junio del 2000 y 25 de septiembre de 2007 que sientan la doctrina que el ataque a los actos nulos de pleno derecho fuera del plazo establecido para su impugnación, tiene su camino perfectamente marcado en el ordenamiento jurídico, es decir, si existe una nulidad de pleno derecho la vía a seguir para invocarla en cualquier momento es la (...) revisión de oficio.”>>

En el supuesto aquí analizado, la persona recurrente pudo y debió impugnar el Anexo VIII del PCAP en el plazo legal de interposición del recurso especial contra los pliegos al amparo del artículo 50.1 b) de la LCSP, en lugar de



hacerlo ahora de un modo indirecto con ocasión del recurso contra un acto posterior de la licitación y una vez que ha constatado que le es desfavorable el resultado de la adjudicación.

En tal sentido, conviene señalar que la recurrente comprendió, desde el momento de publicación del anuncio de licitación y de los pliegos en el perfil de contratante, el contenido y alcance del Anexo VIII del PCAP, por lo que pudo impugnar el citado anexo en aquel momento si estimaba que conculcaba la legalidad o algún principio básico de la contratación pública. Lo que no puede hacer es aceptar incondicionalmente el contenido del anexo al formular su oferta y discrepar ahora de su contenido cuando ha tenido ciertas dificultades sobrevenidas al preparar su proposición.

El PCAP (Anexo VIII) es un acto firme y consentido, no pudiendo cuestionarse su contenido ni reabrir su impugnación con ocasión del posterior recurso contra la adjudicación del lote 20.

Tampoco es un argumento que pueda acogerse el hecho de que la recurrente no pudiera aportar el inventario de electrodomésticos a que se refiere el Anexo VIII, por tener que presentar la oferta en el mes de agosto y estar cerrado el centro docente. Y mucho menos puede aquella pretender que se admita en vía de recurso un inventario de equipos que debió presentar con su proposición. El recurso especial no puede ser instrumento para subsanar defectos padecidos por los licitadores durante el proceso de adjudicación.

Con base en las consideraciones realizadas, el recurso debe desestimarse.

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

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **D^a J.A.T.**, contra la resolución del órgano de contratación, de 30 de octubre de 2023, por la que se adjudica el contrato denominado <<Concesión del servicio de explotación de cafetería de centros docentes>> respecto del **lote 20**, convocado por la Delegación Territorial de Desarrollo Educativo y Formación Profesional y de Universidad, Investigación e innovación en Jaén (Expte. CONTR 2023 0000157517).

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 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.

