

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 23 de febrero de 2023

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.S.C., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Parla de fecha 27 de enero de 2023, por el que se adjudica el contrato de servicios “Escuela de música del Ayuntamiento de Parla” número de expediente: 57/22 AYTOPARLA este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 4 de julio de 2022, en el DOUE y en el perfil de contratante del Ayuntamiento de Parla alojado en la PCSP, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 1.661.500 euros y su plazo de duración será de 4 años.

A la presente licitación se presentaron cinco licitadores, incluido el recurrente.

Segundo.- Tras la publicación de la convocatoria y los pliegos de condiciones el 11 de julio de 2022 en la PCSP, constatan que dichos pliegos adolecen de un error importante, al no haber incluido el inventario de instrumentos musicales y otros bienes que son puestos a disposición del contratista para su uso.

De conformidad con el artículo 122.1, se procede a la retroacción de las actuaciones que consiste en la modificación de los pliegos y el inicio de un nuevo plazo de licitación.

Esta situación es publicada por el órgano de contratación mediante nota informativa el 27 de julio de 2023.

Asimismo se procede a la devolución de las ofertas a los licitadores que ya la hubiesen presentado, resultando que solo el recurrente había presentado ya su oferta.

Con fecha 4 de agosto de 2022, se inicia el nuevo plazo de licitación presentando oferta cinco licitadores, entre ellos el recurrente.

Tras la tramitación del expediente de licitación el 27 de enero de 2023, es adjudicado por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Parla el contrato que nos ocupa a Musicvox Sierra, S.L.

Tercero.- El 14 de febrero de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por don F.S.C., en el que solicita la impugnación indirecta de los pliegos de condiciones y de la convocatoria de la licitación que se inició el 4 de agosto de 2022.

El 16 de febrero de 2023, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de 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).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse

de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso*” (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado y notificado el 27 de enero de 2023 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 14 de febrero de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso se pretende la nulidad de la adjudicación mediante la impugnación indirecta de los pliegos de condiciones aprobados, publicados y admitidos por el recurrente en su momento procesal oportuno.

Basa su pretensión en que a la fecha de terminación de presentación de licitaciones, según la primera convocatoria a esta licitación, solo él había presentado oferta, por lo que la adjudicación a su favor era indiscutible. Considera que el hecho de iniciar una nueva licitación ha provocado que otros licitadores hayan participado y con ello se produzca la adjudicación a otra empresa.

Considera que los pliegos de condiciones son *lex contractus* y que los primeros publicados, son los que tendrían que haber sido válidos, no dando opción a su modificación.

Considera que el error de los pliegos iniciales podía considerarse material y haberse rectificado sin más trámite, evitando el inicio de una nueva licitación.

Concluye sus alegaciones afirmando: *“Entendemos que ha existido una grave negligencia, sino una manifiesta mala fe que pudiese incluso conllevar otro tipo de responsabilidades en ámbito punitivo fuera del derecho administrativo por los responsables de tal decisión que como refiero tanto perjuicio me está generando”.*

El órgano de contratación por su parte inicia la defensa de sus actuaciones con un perfecto resumen de la situación: *“Por el hoy recurrente se alega básicamente que se podría haber subsanado el error material de no incluir el anexo III, (que es el inventario de la escuela de música) en el PPT sin necesidad alguna de retroacción de actuaciones puesto que de manera flagrante se le ha generado un manifiesto perjuicio y una vulneración evidente de derechos, ya que su oferta fue la única presentada conforme a ley dentro de plazo, y en modo alguno se tuvo que dar un nuevo plazo para presentar las ofertas, puesto que con anterioridad se procedió a la subsanación de un error material sin retrotraer las actuaciones, y de igual manera se debió hacer en esta ocasión”.*

Añade: *“Lo ajustado a derecho, hubiera sido que si no estaba de acuerdo con que se hubiera reabierto el plazo, por la rectificación efectuada, lo hubiera impugnado en su momento, la impugnación puede ser **directa**, una vez publicado el anuncio o el pliego cuando se tenga conocimiento del mismo, o **indirecta**, cuando en definitiva se invoca una supuesta nulidad del pliego o del anuncio o de ambos, para considerar no ajustado a derecho cualquier acto dictado en el curso del procedimiento de adjudicación y que perjudique a un licitador ahora bien, el pliego es la ley que rige el contrato y, por tanto, una vez que los licitadores se presentan al procedimiento aceptan incondicionalmente su clausulado (LCSP art.139) Por ello, la impugnación principalmente de la adjudicación invocando una supuesta **nulidad del pliego** no*

debe prosperar, salvo que se trate de una nulidad de pleno derecho, debiendo tenerse en cuenta el carácter restrictivo con que se debe de interpretar esta causa de nulidad.

*Pues bien, no señala en que cláusula se encuentra la presunta vulneración del PCAP, por lo tanto es imposible poder contestar y por otro lado y lo que es más importante, tuvo la oportunidad de impugnar los pliegos en el momento oportuno y no lo hizo, por lo tanto y dado que los pliegos son la ley del contrato y que las mencionadas circunstancias no han sido invocadas oportunamente por la recurrente a través del correspondiente recurso, dichas **alegaciones**, son completamente extemporáneas (TACRC Resol 334/2015)”.*

Considera asimismo que las causas de impugnación indirecta de los pliegos de condiciones deben cumplir unos requisitos, señalados por la jurisprudencia y la doctrina de los tribunales de contratación y que son en esencia la existencia de una causa de nulidad, que no se señala por lo que se hace imposible admitir una impugnación indirecta de los pliegos de condiciones.

En cuanto a la necesidad de publicar el anexo que recoge el inventario de instrumentos y espacios que se ponen a disposición del adjudicatario, ya el propio Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares (en adelante PPTP) en varios apartados se refiere a dicho documentos. Su ausencia en el expediente de licitación, desde luego se admite como error, pero nunca puede catalogarse de error material.

El órgano de contratación solicita que este recurso se considere extemporáneo o en su defecto se desestime, toda vez que el recurrente participó en la licitación a través de la segunda convocatoria y con el anexo incluido que modifico el PPTP.

Vistas las posiciones de las partes este Tribunal confirma el acierto en las decisiones del órgano de contratación en cuanto a que en relación con la modificación de los pliegos de condiciones, estos solo podrán efectuarse de oficio y sin mayor trámite en el caso de errores materiales, aritméticos o de hecho, en el resto de los

casos la modificación conllevara la retroacción de las actuaciones. Es criterio de este Tribunal valga por todas la Resolución 73/2017, de 8 de marzo, que manifiesta: *“En cuanto a la capacidad de carga, advierte previamente este Tribunal respecto del error calificado por el órgano de tipográfico en cuanto a que la capacidad de portas exigida no es de 80 sino de 60, que como ha manifestado en su Resolución 31/2017, de 1 de febrero ‘En primer lugar debe aclararse que existe la posibilidad de modificar los Pliegos si en algún momento del procedimiento se advierte que existe un error en los mismos. Ahora bien, hay que tener en cuenta que no todo error puede reconducirse a la aplicación del artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Han de tratarse de errores materiales, de hecho o aritméticos y de ahí que se incluya en la Ley la expresión rectificar y no modificar y ni siquiera corregir. En el presente caso lo que se ha advertido es la inclusión de un requisito técnico en el PPT, documento esencial en la licitación por cuanto incluye las especificaciones técnicas requeridas, que según se argumenta, restringe indebidamente la competencia e implica un mayor coste. Por lo tanto, el error no puede considerarse material o de hecho sino de apreciación o de oportunidad y requiere no una rectificación sino una modificación del PPT. Para ello debería, al igual que para la aprobación del actualmente en licitación, constar una propuesta motivada de modificación y la correspondiente aprobación por Resolución del Director Gerente”*.

En el caso que nos ocupa, se ha obrado de conformidad con la legislación vigente, pues la inexistencia de un anexo de tal importancia como el que recoge los instrumentos y espacios que el Ayuntamiento de Parla pondrá a disposición del contratista, haría variar las ofertas e incluso la viabilidad del contrato, por lo que en ningún caso puede considerarse error material o de hecho.

La doctrina e-Vigilo no puede aplicarse a este caso concreto, por dos motivos: no se impugna ninguna causa de nulidad de procedimiento y no nos encontramos ante ninguna cláusula oscura que al inicio de la licitación no se pudiera apreciar.

En conclusión, nos encontramos ante un procedimiento de licitación perfectamente tramitado y aceptado por el recurrente con la mera presentación de su oferta sin impugnación anterior de pliegos o del anuncio de la convocatoria y que en el momento procesal de la adjudicación y no habiendo sido conseguida por el pretende la nulidad del procedimiento en beneficio suyo.

Por todo ello se desestima el recurso planteado.

Sexto.- El artículo 58.2 de la LCSP establece que en el caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.

El importe de ésta será de entre 1.000 y 30.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y en el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos.

En el mismo sentido el artículo 31.2 del RPERMC dispone que cuando el Tribunal aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso acordará en la resolución que dicte la imposición de una sanción pecuniaria al recurrente en los términos previstos en el apartado 5 del artículo 47 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (actualmente 58.2 de la LCSP), justificando las causas que motivan la imposición y las circunstancias determinantes de su cuantía.

La jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos carentes manifiestamente de fundamento o de viabilidad jurídica. Así la Sentencia del Tribunal Supremo número 3159, de 11 mayo 2004, dictada en el recurso 4634/2001, declara que puede estimarse la existencia de temeridad procesal pues ésta puede predicarse *“cuando falta un serio contenido en el recurso que se interpone o cuando*

es clara la falta de fundamento en la cuestión que con él se suscita”, o cuando de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión, como por ejemplo se señaló en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990, *“La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación”*. En este sentido se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en la Resolución 31/2013, de 27 de febrero.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe: *“El primero (mala fe), tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho”*. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): *“La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento”*.

Este Tribunal a la vista de los antecedentes considera que el recurso puede calificarse de temerario, al no contener ni expresar casusa alguna más que el propio beneficio perdido y con mala fe al acusar a los responsables de la contratación de prácticas punitivas. Se considera en consecuencia que la multa debe imponerse en la cantidad de mil euros, puesto que si bien es cierto que el recurso es temerario, los perjuicios ocasionados al órgano de contratación no se han cuantificado.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don F.S.C., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Parla de fecha 27 de enero de 2023, por el que se adjudica el contrato de servicios “Escuela de música del Ayuntamiento de Parla” número de expediente: 57/22 AYTOPARLA.

Segundo.- Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP, en cuantía de 1.000.-€ (Mil euros).

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.