

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

En Madrid, a 15 de julio de 2020.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de FCC CONSTRUCCIÓN S.A (en adelante FCC) contra el Acuerdo de 13 de junio de 2020, del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, por el que se adjudica el contrato de “Obras de Construcción del Colector de Vicálvaro B”, número de expediente 300/2019/00981, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 27 de octubre de 2019, se publicó el anuncio de licitación del citado contrato en la Plataforma de Contratación del Sector Público, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado del contrato de 17.514.585,68 euros.

Segundo.- Interesa destacar que el PCAP, en su Anexo I, apartado 20, establece, entre otros, el siguiente criterio, de carácter social:

B.3 Criterios socialeshasta 5 puntos

Se otorgará un máximo de 5 puntos a la empresa licitadora que acredite haber

formalizado en los tres últimos meses al menos un contrato por tiempo indefinido y manifieste por escrito un compromiso de que dicho contrato va a continuar en vigor durante todo el plazo de ejecución de las obras siempre que dicho contrato se haya suscrito con una persona incluida dentro de uno de los siguientes colectivos:

- Contrato a personas que se encuentren dentro de algún colectivo con riesgo de exclusión social.*
- Contrato a personas que se encuentren dentro del colectivo de parados de larga duración”.*

Tercero.- A la licitación presentaron ofertas 24 empresas.

Tras la tramitación oportuna, mediante Acuerdo de 13 de junio de 2020, del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, se adjudica el contrato a la empresa Construcciones Sánchez-Domínguez-Sando, S.A, notificándose la adjudicación a todos los licitadores presentados.

Cuarto.- El 1 de julio de 2020, tuvo entrada en este Tribunal el escrito de recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de FCC en el que solicita que se anule la adjudicación recaída puesto que este Tribunal ha dictado el 12 de diciembre de 2019 una Resolución *“por la que estima el recurso especial presentado por la Confederación Nacional de la Construcción, anulando el criterio B.3 del apartado 20 del Anexo I del Pliego de un contrato del Ayuntamiento de Madrid 300/2019/00773, “Recogida de aguas pluviales entre el ensanche de Vallecas y el ámbito UZPP 02.04 Los Berrocales” .Impugnado el Pliego, se declara nulo el criterio de valoración de carácter social, anulando el procedimiento de licitación que debería reiniciarse si persisten las necesidades. El criterio era exactamente el mismo que el que ahora se recurre en el presente Contrato y recurso especial”.*

En consecuencia, por las razones que expone en el escrito de recurso, solicita que *“una vez sea declarada la nulidad del criterio B.3 del apartado 20 del Anexo I del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del expediente 300/2019/00981e, y*

como consecuencia, solicitamos que se declare la nulidad de las valoraciones efectuadas por ese criterio social (dentro de los criterios valorables en cifras o porcentajes) lo que conllevaría que se descuente la puntuación otorgada a los licitadores por este criterio, por lo que, con una mera corrección matemática, resulta una puntuación total de los licitadores y que a continuación, se proceda a la clasificación de las ofertas”.

El órgano de contratación remitió copia del expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), en el que se analizan las alegaciones de la recurrente y en base a las razones que posteriormente se expondrán se solicita la inadmisión del recurso.

Quinto.- 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, 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 solicita levantamiento de la suspensión del procedimiento.

Sexto.- 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, por el que se crea el Tribunal

Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica “cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP, puesto que la estimación del recurso la colocaría en la situación de ser adjudicataria del contrato.

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 el 13 de junio de 2020, notificado el 15 del mismo mes e interpuesto el recurso el 1 de julio de 2020, dentro del plazo de quince días hábiles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se ha interpuesto contra la adjudicación de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a tres millones de euros. El acto es recurrible de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Por cuanto respecta al fondo del recurso, la recurrente alega que *“Con fecha 6 de febrero de 2020, mucho antes de la adjudicación, se tiene conocimiento de la existencia de la Resolución del TARC de la CCAA de Madrid, y se presenta con esa fecha ante el órgano de contratación, un escrito (que se reproduce íntegramente en este recurso más adelante), poniendo de manifiesto las irregularidades durante la tramitación del procedimiento, y pidiendo la nulidad del criterio social que se ha anulado. Se solicita la anulación de las valoraciones de los licitadores realizada, solicitando una nueva valoración excluyendo el criterio social declarado nulo de pleno derecho”*.

Argumenta que *“la finalidad del presente recurso es la declaración de nulidad de pleno derecho del acto de adjudicación a SANDO e indirectamente el criterio de valoración de carácter social del PCAP que rige la licitación. La nulidad de la adjudicación a SANDO conllevaría una nueva valoración de las ofertas excluyendo el criterio social impugnado y sus cinco (5) puntos.*

La impugnación del criterio de adjudicación se hace de forma indirecta ya que –frente a lo que se nos pueda decir– está claro que FCC no impugnó en su momento los Pliegos en este punto. Ahora bien, es doctrina consolidada y reiterada que, la imprecisión de los pliegos en relación con los criterios de valoración, constituye un vicio de nulidad de pleno derecho, al suponer una vulneración de los principios generales de la contratación y determina por ello la nulidad del criterio de valoración afectado o, en su caso, dicho sea subsidiariamente del procedimiento de licitación, que puede ser invocada con ocasión del recurso formulado contra la adjudicación del contrato, pudiendo citar al respecto la resolución del TACRC nº 987/2016, de 2 de diciembre de 2016, que dice: es doctrina constante y unánime de este y otros Tribunales competentes en la materia que cuando una cláusula del pliego es nula de pleno derecho, la nulidad puede ser invocada con ocasión del recurso formulado frente al acuerdo de adjudicación. Más aún podría incluso ser apreciada de oficio por el propio Tribunal”.

El órgano de contratación en su informe expone *“En relación al criterio controvertido, se debe poner de manifiesto que cuando el órgano de contratación tuvo conocimiento de la Resolución del Tribunal, por la que se anulaba el mismo criterio social en otro expediente (en el que fueron recurridos los pliegos), en el procedimiento objeto de alegaciones por su empresa, en el momento de producirse éstas, ya había finalizado el plazo de presentación de ofertas, y se habían celebrado las sesiones de la Mesa de Contratación correspondientes a la apertura y examen de la documentación administrativa y la de apertura de los Criterios No valorables mediante cifras o porcentajes, encontrándose el expediente pendiente de valoración de los criterios objetivos.*

En este contexto, debemos traer a colación un resumen de la doctrina sobre la improcedencia de impugnar los pliegos al recurrir contra actos posteriores a la

licitación”. A continuación, cita numerosas sentencias de diferentes Tribunales concluyendo que *“Como consecuencia de todo lo expuesto, siendo el pliego ley del contrato y habiendo sido aceptado por el licitador al no interponer contra él recurso alguno, solo cabe entender que dichas alegaciones, completamente extemporáneas, no pueden ser atendidas por el órgano de contratación”* Solicita en consecuencia la inadmisión de recurso.

Para la resolución del recurso debemos partir de la conocida doctrina de los Tribunales y la jurisprudencia que considera que los pliegos constituyen la ley del contrato y que su contenido vincula tanto a la Administración que los formula como a los licitadores, que al no impugnarlos, los aceptan incondicionalmente con la presentación de su oferta.

El Tribunal debe recordar que las causas de nulidad del derecho administrativo aparecen fijadas en el artículo 39 de la LCSP sin que ninguna de ellas concurra en el presente procedimiento, ni en el que motivó la Resolución 516/2019 ahora invocada.

La cláusula impugnada entonces, fue anulada por el Tribunal y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 57.2 de la LCSP se anula el procedimiento correspondiente lo cual no significa que esa anulación pueda invocarse para la impugnación de actos de otro procedimiento, cuyos pliegos han devenido firmes y consentidos.

Como ha indicado el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, *“se ha aceptado que, a propósito de la impugnación de la exclusión de un licitador o de la adjudicación del contrato se plantee un recurso indirecto contra los pliegos, limitándolo a los casos en los que la aplicación de una cláusula afectada de un vicio de nulidad de pleno derecho permite al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo arbitrario (ver, por ejemplo, la Resolución 129/2015 del OARC/KEAO).*

Resulta evidente que no es el caso aquí planteado, la cláusula impugnada no adolece de un vicio de nulidad de pleno derecho del artículo 39, sino de anulabilidad por no ser conforme con lo dispuesto en el artículo 145 de la LCSP, en relación con los criterios de adjudicación.

Esta circunstancia debería haberse hecho valer mediante la interposición de un recurso contra los Pliegos dentro del plazo legal, no habiéndose realizado, no procede en este momento procedimental, efectuada la adjudicación, invocar un defecto del Pliego de las características señaladas.

En consecuencia, el recurso debe ser inadmitido por extemporáneo.

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.- Inadmitir el recurso especial interpuesto por la representación de FCC CONSTRUCCIÓN S.A contra el Acuerdo del Delegado del Acuerdo de 13 de junio de 2020, del Delegado del Área de Gobierno de Medio Ambiente y Movilidad, por el que se adjudica el contrato de “Obras de Construcción del Colector de Vicálvaro B”, número de expediente 300/2019/00981, por extemporáneo.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación del

contrato de servicios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.3 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.