

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

En Madrid, a 13 de junio de 2019.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don S.S.P. y don J.S.G., en nombre y representación de la empresa ACCIONA CONSTRUCCIONES S.A. (en adelante, ACCIONA), contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 6 de mayo de 2019, por la que se excluye su oferta del contrato “Obras de construcción de 71 viviendas con protección pública en arrendamiento y garajes en la parcela RC-4 del APE 18.05 “La Rosilla”, Promoción denominada “La Rosilla 4” Distrito de Villa de Vallecas (Madrid)” promovido por la Empresa Municipal de Vivienda y Suelo del Ayuntamiento de Madrid, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncio en el Portal de Contratación Pública de fecha 1 de abril de 2019, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación. El anuncio se publicó con esa misma fecha en el DOUE.

El valor estimado del contrato asciende a 9.550.725,45 euros y su duración es de 21 meses.

Interesa destacar a efectos de resolver el presente recurso el apartado 12 del Anexo 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) que establece:

“12.- Concreción de las condiciones de solvencia. (Cláusulas 15 y 23) a) Compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales y/o materiales: Sí.

Los licitadores deberán incluir, acompañando a los documentos acreditativos de la solvencia exigida, compromiso de adscripción o dedicación de los medios personales y/o materiales suficientes para la ejecución del contrato.

El contratista está obligado a poner a disposición de la dirección facultativa un despacho independiente en la oficina de obra donde se celebrarán generalmente las reuniones de obra. El despacho dispondrá del mobiliario adecuado, teléfono, conexión a internet y una copia del Proyecto.

El contratista deberá mantener durante toda la jornada laboral, como mínimo, los siguientes seis profesionales que deberán contar con, al menos, 2 años de experiencia en puesto de la misma o superior categoría de obras de edificación para cada técnico que compone el equipo humano adscrito a la obra (salvo el encargado de obra que deberá disponer de, al menos una experiencia de 10 años), de acuerdo con la titulación y atribuciones legales que a continuación se indica:

- Como Jefe de Obra deberá adscribirse un técnico con la titulación de Arquitecto, Ingeniero de Caminos Canales y Puertos, Arquitecto Técnico o cualquier otra titulación que habilite legalmente para la realización de los trabajos.

- Como Jefe de Producción deberá adscribirse un técnico con titulación de Arquitecto, Ingeniero de Caminos Canales y Puertos, Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico de Obras Públicas o cualquier otra titulación que habilite legalmente para la realización de los trabajos.

- Como Jefe de Oficina Técnica deberá adscribirse un técnico con titulación de Arquitecto o Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, Arquitecto Técnico o cualquier otra titulación que habilite legalmente para la realización de los trabajos.

- Como Jefe de Seguridad y Salud deberá adscribirse un técnico con titulación técnica de grado medio o superior y con atribuciones legalmente reconocidas o adecuadas para la realización de los trabajos.

- Como responsable de calidad deberá adscribirse un técnico con titulación técnica de grado medio o superior y con atribuciones legalmente reconocidas o adecuadas para la realización de los trabajos.

- Como encargado de obra deberá adscribirse una persona con experiencia demostrable de 10 años en obras similares con esa responsabilidad.

Asimismo, para garantizar la correcta ejecución de la obra, el contratista deberá tener en obra durante toda la jornada laboral, como mínimo, el equipo técnico de obra con dedicación plena que figure en el organigrama –incluyendo las mejoras a las que se hubiera comprometido el contratista- que deberá ser presentado junto con el programa de trabajo”.

El apartado 20.2.3.1 del Anexo 1 referentes a criterios de adjudicación establece:

“20.2.3. Mejoras de medios personales: hasta (10) puntos.

20.2.3.1. Por la adscripción de un Ingeniero Industrial con experiencia mínima de 5 años en obras similares y en el proceso constructivo de las instalaciones adicional al personal exigido como mínimo: 5 puntos.

20.2.3.2. Por la adscripción de un Técnico Superior con experiencia mínima de 5 años en obras similares y en el proceso constructivo de las estructuras adicional al personal exigido como mínimo: 5 puntos”.

A la presente licitación se presentaron 15 licitadoras entre ellas la recurrente.

Como resultado del análisis de la documentación presentada, la Mesa detecta que el recurrente en el sobre nº 1, que contiene “la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos”, han incluido información sobre criterio valorable en cifras o porcentajes referidos a “mejora de medios personales”, anticipando contenidos que debían incluirse en el sobre nº 3 “documentación relativa a los criterios valorables en cifras o porcentajes”.

Considerando que la inclusión de documentación relativa a criterios de valoración automática dentro del sobre relativo a la documentación administrativa no es subsanable ya que supone una vulneración del secreto de las proposiciones establecido en el artículo 139.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), la Mesa de contratación, en su reunión de 6 de mayo de 2019, acuerda excluir del procedimiento de contratación al recurrente.

Segundo.- El 31 de mayo 2019 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de ACCIONA, en el que solicita la anulación del acuerdo de exclusión de su oferta a la licitación, fundamentando dicha pretensión en que ha cumplido con las exigencias prevista en el PCAP.

El 6 de junio de 2019 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley LCSP.

Tercero.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no figurar en el procedimiento ni ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado, 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 persona jurídica licitadora excluida, "*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 de los firmantes del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 14 de mayo de 2019, e interpuesto el recurso, en este Tribunal el 29 de mayo de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la exclusión de una oferta por acuerdo de la Mesa de contratación que determina la imposibilidad de continuar en el procedimiento de adjudicación, en el marco de un contrato de obras cuyo valor estimado es superior a 3.000.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del asunto el recurrente fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

- 1- No se ha desvelado información relativa al sobre C ni ha habido incumplimiento de PCAP.
- 2- Vulneración del principio de la doctrina de los actos propios y confianza legítima.
- 3- Oscuridad y contradicciones en el PCAP.

Por cuanto respecta al primero de los motivos, hay que señalar que el acuerdo de la Mesa de Contratación de 6 de mayo de 2019 señala expresamente *“ACCIONA, S.A.: en la relación de personal a adscribir a la obra no se limita exclusivamente a los perfiles mínimos exigidos, sino que aporta además los datos de un perfil profesional que es un criterio valorable en cifras o porcentajes según el apartado*

20.2.3.1 del Anexo I del PCP “mejoras de medios personales”. Este perfil es el que denomina “Jefe de Maquinaria e Instalaciones” siendo un Ingeniero Industrial, al que añade la experiencia, 19 años, que son los dos requisitos necesarios para su valoración en virtud del apartado 20.2.3.1 citado.

En consecuencia, la Mesa de Contratación acuerda la exclusión de las empresas AZVI, S.A., ACCIONA CONSTRUCCIÓN, S.A., PROMOCIONES EDIFICIOS Y CONTRATAS, S.A. (PECSA) y COPCISA, S.A., al facilitar los datos de titulación y experiencia de un perfil profesional que permite adelantar parte de la puntuación de los criterios valorables en cifras o porcentajes, infringiendo los principios de igualdad de trato y no discriminación, así como el secreto de las proposiciones establecido en el Art. 139.2 LCSP”.

El recurrente manifiesta que la información aportada por ACCIONA en el Sobre A no desvela, en absoluto, la información relativa al Sobre C y, por tanto, en todo momento ha actuado conforme a lo establecido en el PCP. Se limitó a presentar la información como lo ha venido haciendo en otras licitaciones del mismo órgano de contratación sin que, hasta la fecha, haya existido ninguna objeción al respecto. En concreto, tal y como exige la Cláusula 23 PCP, ACCIONA se limitó a incluir en el Sobre A la concreción de las condiciones de solvencia, previstas en la cláusula 15 PCP, con estricta sujeción a los términos definidos en el apartado 12 del Anexo I del PCP.

Considera que cumplió con la obligación establecida en la norma que rige la licitación y aportó en el Sobre A su compromiso de adscripción de medios personales, el cual, en ningún caso podía entenderse limitado al equipo mínimo establecido por el PCAP.

Entiende que el perfil incluido en el Sobre A y discutido por la EMVS se refiere a un Jefe de Maquinaria e Instalaciones Auxiliares, cuyas funciones son fundamentalmente trabajos de implantación de grúas, montacargas, casetas e instalaciones varias que forman parte del trabajo auxiliar de la obra, mientras que el apartado 20.2.3.1 del Anexo I del PCP en las mejoras de medios personales el perfil exigido es diferente ya que se refiere a un “ingeniero industrial con experiencia

mínima de cinco años en obras similares y en el proceso constructivo de las instalaciones”, y cuyas funciones se referirían a la gestión en obra de las instalaciones de electricidad, calefacción, fontanería, etc, propias de la ejecución de la obra.

Adicionalmente, señala que el acuerdo de exclusión ha tratado de manera desigual situaciones idénticas, vulnerando así las expectativas legítimas generadas por los actos propios de la EMVS. Afirma que *“la documentación presentada por ACCIONA en el Sobre A, que la EMVS considera que contiene indebidamente información correspondiente al Sobre C, es idéntica a la presentada en una licitación anterior de la EMVS, cuya configuración de la documentación que se debe incluir en los sobres y sus restricciones coincide exactamente con las que rigen la Licitación 015/2019. Se trata de la licitación con número de expediente 078/2017, correspondiente a la contratación de las obras de construcción de 102 viviendas con protección pública en arrendamiento, locales y plazas de garaje en la parcela B de la Colonia Municipal San Francisco Javier y Nuestra Señora de los Ángeles, promoción denominada San Francisco Javier VI, situada en la Plaza de la Peña Gudina, nº 8, 9 y 11 (portales) y nº 10 (garaje) y Calle Martínez de la Riva, nº 135 (portal) y 135B (garaje) en el Distrito Municipal de Puente de Vallecas, Madrid (la “Licitación 078/2017”)”.*

Finalmente alega oscuridad y contradicciones en le PCAP.

Por su parte el Órgano de contratación en su informe señala que entre la documentación aportada por el recurrente dentro del sobre documentación acreditativa de los requisitos previos, se incluyen, entre otros, sendos documentos relacionados con lo exigido por la Cláusula 15 del PCAP y por el apartado 12 del Anexo I a dicho pliego. El primero de ellos, contenido en un archivo electrónico denominado *“Compromiso adscripción de medios”*. Dicho documento, que se corresponde con el contenido de la letra a) del apartado 12 del Anexo I al PCAP, se ciñe a lo previsto en la misma, si bien omite los cuatro últimos párrafos de dicho subapartado identificado con la letra a), y, destacadamente, omite el párrafo que refiere que: «Asimismo, para garantizar la correcta ejecución de la obra, el

contratista deberá tener en obra durante toda la jornada laboral, como mínimo, el equipo técnico de obra con dedicación plena que figure en el organigrama – incluyendo las mejoras a las que se hubiera comprometido el contratista- que deberá ser presentado junto con el programa de trabajo». El segundo documento, contenido en un archivo electrónico denominado *“Nombres y cualificación del personal. Relación de personal. A continuación, se relaciona el personal facultativo de la plantilla de esta Empresa que los abajo firmantes, en su calidad de apoderados mancomunados SE COMPROMETEN a adscribir a la obra y mantenerlo en ella, caso de resultar adjudicataria de la misma.*

Jefe de Maquinaria e Instalaciones auxiliares: D. FJMM Ingeniero Industrial. Años de experiencia: 19. Dedicación parcial”.

En este sentido, considera que como puede comprobarse, además del nombre y la cualificación profesional del personal mínimo contenido tanto en la letra a) del apartado 12 del Anexo I al PCAP, como en el documento de *“Compromiso adscripción de medios”* aportado por el propio recurrente, se incorporan en este otro documento perfiles profesionales adicionales, a los que se añade el dato de su experiencia. Tanto la identificación y titulación del personal adscrito a la ejecución del contrato en lo que excediera del mínimo exigido, como el dato de su experiencia específica, resultaban innecesarios a la vista de la literalidad del apartado 12 del Anexo I al PCAP, y de la previsión expresa de que el organigrama completo, incluyendo las mejoras, debían ser aportados junto con el programa de trabajo, esto es, tras la adjudicación del contrato. No obstante, la Mesa de contratación no aprecia infracción en el incremento de los medios personales adscritos a la ejecución del contrato sobre los mínimos exigidos, sino únicamente en lo referido al criterio de adjudicación valorable en cifras o porcentajes ‘Por la adscripción de un Ingeniero Industrial con experiencia mínima de 5 años en obras similares y en el proceso constructivo de las instalaciones adicional al personal exigido como mínimo’ (Apartado 20.2.3.1 del Anexo I al PCAP), elementos todos ellos anticipados potencialmente por el licitador respecto del ‘Jefe de Maquinaria e Instalaciones auxiliares: D. FJMM Ingeniero Industrial. Años de experiencia: 19. Dedicación parcial’.

Finalmente, señala que el PCAP no ofrece dudas sobre la documentación que debe incorporarse en cada uno de los sobres, y deja claro que la documentación relacionada en la cláusula 20.2 del Anexo I, la referida a los criterios valorables en cifras o porcentajes, debe incluirse en el tercer sobre y no en el primer sobre con la *“documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos”*.

Vistas las alegaciones de las partes procede entrar en el fondo del asunto, analizando si la causa de exclusión es ajusta a Derecho.

Como se ha señalado anteriormente el apartado 12 del Anexo 1 establece las condiciones de solvencia en cuanto al compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de medios personales. A este respecto se señala que el contratista deberá mantener durante toda la jornada laboral, como mínimo, seis profesionales que deberán contar con, al menos, 2 años de experiencia en puesto de la misma o superior categoría de obras de edificación para cada técnico que compone el equipo humano adscrito a la obra (salvo el encargado de obra que deberá disponer de, al menos una experiencia de 10 años), con las titulaciones que se han indicado anteriormente.

Pues bien, el recurrente presenta una relación de personal adscrito a la obra incluyendo las personas establecidas en el Pliego como adscripción mínima, incluyendo como personal adicional un Jefe de Maquinaria e Instalaciones Auxiliares con titulación de Ingeniero Industrial y una experiencia de 19 años. Esta documentación la incluye en el sobre 1 *“Documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos”*.

Como se ha señalado anteriormente, la cláusula 20.2.3.1 del Anexo del Pliego establece las mejoras de medios personales. Los licitadores que entre su personal adscrito a la obra cuenten con un Ingeniero Industrial con una experiencia de 5 años en obras similares se le asignan cinco puntos, como criterio de valoración sujeto a cifras o porcentajes. Esta documentación debe incluirse en el sobre 3 *“La documentación relativa a los criterios valorables en cifras o porcentajes”*.

En el apartado 19 del Anexo 1, anteriormente transcrito recoge de manera clara y precisa la documentación a incluir en cada uno de los tres sobres. El hecho de que el criterio de valoración se refiera a la adscripción de medios humanos, no justifica que se incluya en el sobre 1, con el resto de los medios humanos mínimos exigidos, pues se trata de una mejora adicional al mínimo exigido que es utilizado como criterio de adjudicación, por lo que debe incluirse inexorablemente en el sobre nº 3.

No debe acogerse el criterio mantenido por el recurrente de que el perfil de un Jefe de Maquinaria e Instalaciones Auxiliares es diferente a un *“ingeniero industrial con experiencia mínima de cinco años en obras similares y en el proceso constructivo de las instalaciones”*. Este extremo no queda acreditado en ningún momento, ya que el recurrente se limita a darle una denominación al puesto, sin describir sus funciones, encargando la actividad a un Ingeniero Industrial con 19 años de experiencia.

Sin pretender realizar juicios de intenciones, es legítimo considerar que si el recurrente ha adscrito a la obra un Ingeniero Industrial con una determinada antigüedad, con el coste económico que lleva aparejado, se debe a la intención de obtener los cinco puntos establecidos en los criterios de valoración. Cualquier otra interpretación resultaría absurda desde un punto de vista económico.

El artículo 139.2 de la LCSP establece *“Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de apertura de las proposiciones, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 143, 175 y 179 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica, en un diálogo competitivo, o en un procedimiento de asociación para la innovación”*.

Por su parte el artículo 146.2 de LCSP señala *“En todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”*.

Son numerosas las resoluciones de Tribunales de resolución de recursos sobre las consecuencias del conocimiento de criterios valorables en cifras o porcentajes con carácter previo a la valoración de los criterios sometidos a juicio de valor, en cuanto que pueden afectar a la objetividad de dicha valoración.

Por la similitud con el presente recurso procede traer a colación la Resolución de este Tribunal 24/2012, de 29 de febrero, sobre un supuesto en el que se incluyen en la solvencia técnica o profesional las mejoras del equipo humano en tanto que aporta 3 Ingenieros Técnicos por encima de los exigidos en el Pliego de Prescripciones Técnicas como coordinadores de Seguridad y Salud, siendo estas mejoras un criterio de adjudicación valorable en cifras o porcentajes. En dicha Resolución manteníamos *“El artículo 145.1 del TRLCSP establece que las proposiciones deberán ajustarse a lo previsto en el PCAP y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna. En este caso la recurrente no impugnó el PCAP por lo que la presentación de su proposición ha determinado la aceptación de sus condiciones. Por otra parte en el anuncio publicado en el BOE figura la Dependencia para obtención de documentación e información donde podría haber consultado en caso de duda sobre la documentación a presentar.*

Sobre la funciones de la Mesas de contratación y la forma de presentación y apertura de la documentación, relativa a criterios de adjudicación mediante evaluación objetiva o la de los de evaluación mediante juicio de valor, el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que desarrolla parcialmente la LCSP, en su artículo 22 a) y b) establece, entre otras, como funciones de las Mesas de contratación, respectivamente, la de calificar la documentación de carácter general y la de determinar los licitadores que deben ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el PCAP.

A su vez el artículo 150.2 del TRLCSP dispone que la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello.

En desarrollo de estas normas el artículo 30.2 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, sobre práctica de la valoración, dispone que en todo caso la valoración de los criterios de adjudicación cuantificables de forma automática se efectuará siempre con posterioridad a la de aquellos cuya cuantificación dependa de un juicio de valor. Y en su apartado 3 dispone que la ponderación asignada a los criterios dependientes de un juicio de valor se dará a conocer en el acto público de apertura del resto de la documentación que integre la proposición salvo que en el PCAP se disponga otra cosa.

La finalidad de estas disposiciones, para cuyo cumplimiento la documentación correspondiente a estos dos tipos de criterios deberán ir en sobres distintos, al exigir que la valoración de los criterios de forma automática se realice con posterioridad a la de los criterios de valoración mediante juicio de valor, reside en la salvaguarda de los principios de igualdad de trato y transparencia de manera que se impida el conocimiento previo de la puntuación efectuada automáticamente para evitar la posibilidad de que se otorgue una puntuación a los criterios valorables mediante juicio de valor que incline la adjudicación a favor de determinado licitador.

En este caso al incluir en el sobre que contenía la documentación general, la documentación con la oferta de medios personales correspondientes a un criterio de valoración automática, ha resultado infringido lo establecido en las normas citadas así como lo dispuesto en el PCAP, sin que se considere por tanto la posibilidad de subsanación ya que no se trata de corregir un error o defecto en la documentación aportada”.

Por todo lo anterior, este Tribunal considera que la actuación del órgano de contratación ha sido ajustada a Derecho, con el fin de preservar los principios de igualdad de trato y transparencia, que se verían vulnerados si el citado órgano dispusiera del conocimiento de la puntuación de un criterio sometido a fórmulas o porcentajes con carácter previo a la evaluación a los criterios valorables mediante juicio de valor, por lo que podría afectar a su objetividad.

Por todo ello, el motivo debe ser desestimado.

Tampoco puede prosperar el motivo aludido por el recurrente en cuanto que con la exclusión se ha producido vulnerando la doctrina de los actos propios y el principio de confianza legítima.

Considera el recurrente que en el expediente de contratación 078/2017 licitado por la propia EMVS se regulan de la misma manera el contenido del criterio de mejora de medios personales, enmarcado dentro de los criterios valorables en cifras y porcentajes. Por ello, cabría esperar que la documentación presentada con éxito en el expediente 078/2017 lo fuera también en la presente licitación.

A este respecto, este Tribunal desconoce los trámites y acuerdos adoptados en el expediente de licitación a que el recurrente hace referencia, sin que proceda entrar en su valoración. En cualquier caso, sin prejuzgar el caso concreto del expediente 078/2017, el hecho de que en un expediente de licitación anterior se tomaran decisiones no ajustadas a Derecho, no puede ser considerado como un precedente administrativo.

No existe esa vinculación de la previa actuación para las Administraciones Públicas porque su actuación debe estar presidida por el principio de legalidad. El precedente administrativo debe ser tenido en consideración únicamente cuando la norma permita una doble o plural interpretación, que no se da el caso que nos ocupa. En tales supuestos es cuando entra en juego la figura del precedente porque, en principio, la Administración está obligada a hacer una misma interpretación de las normas porque, en otro caso, se vería vulnerado el principio de igualdad que es uno de los principios fundamentales de su actividad.

Por ello, este motivo debe ser desestimado

Finalmente, el recurrente plantea como motivo de recurso la oscuridad y contradicciones de los Pliegos.

El recurrente, por tanto, está planteando una discrepancia respecto al PCAP, cuestionando la legalidad del mismo al considerar la existencia de cláusulas oscuras y contradictorias.

A este respecto, debe considerarse el carácter excepcional que debe otorgarse a la impugnación extemporánea de los Pliegos dado que deben considerarse aceptados expresamente por el licitador al hacer su proposición, constituyendo la ley del contrato y vinculan tanto a la Administración contratante como al licitador.

El artículo 139 de la LCSP establece *“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”*.

En este caso, resulta ilustrativa la Resolución 927/2018 del TACRC *“Asimismo, debemos partir de que la doctrina de este Tribunal sobre la posibilidad de impugnar los pliegos con ocasión de la impugnación de actos posteriores (como la adjudicación) ha atendido hasta ahora a circunstancias objetivas, cuál era el análisis de la concurrencia de los vicios de nulidad de pleno Derecho alegados, sin consideración alguna a las circunstancias subjetivas que fueran de observar. Sin embargo, en la ponderación de derechos e intereses que debe hacerse en este caso, -por un lado, la seguridad jurídica; por otro, el derecho e interés del licitador-, ambos tipos de circunstancias, objetivas y subjetivas, han de ser tenidas en cuenta, ya que la propia doctrina jurisprudencial al efecto se funda de modo muy sustancial en el principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), y, en última instancia, en la buena fe.*

Así se ha recogido en la STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2015, Rec. 301/2014, y sobre todo en la STSJ de Galicia de 17 de noviembre de 2016, Rec. 4274/2015, en que, en el caso de una impugnación en todo análoga a la que nos ocupa, el Tribunal Superior razona que “La impugnación de los pliegos, que son la ley del contrato, por la licitadora o competidora S.A. era posible, pero dentro del plazo establecido al efecto en el artículo 44.2.a TRLCSP y siempre que ostentase un

interés legítimo en la anulación de determinada cláusula del mismo que no le impedía participar en el procedimiento, pero le podía resultar perjudicial. Incluso si entendiéramos que la impugnación no estaba sujeta a plazo por tratarse de un vicio de nulidad de pleno derecho, es contrario a la buena fe que debe presidir la vida del contrato el que, S.A. consienta el pliego aceptando el procedimiento de contratación pública mediante la propia participación aspirando a la adjudicación y luego, al no resultar adjudicataria, y para optar de nuevo a la adjudicación en las mismas [o peores, porque pretende una mayor publicidad del anuncio de licitación] condiciones, impugne la adjudicación porque el acto administrativo consentido -el pliego- es contrario al ordenamiento jurídico alegando que su anulación la situaría de nuevo como candidata a la adjudicación.”

Y ello responde a la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, como pone de manifiesto de modo inequívoco, por ejemplo, la Sentencia de 26 de diciembre de 2007 (recurso 634/2002), que destaca de modo muy señalado que toda acción de nulidad contra los pliegos debe dejar “a salvo el indicado principio de buena fe y la seguridad jurídica, a cuya preservación tiende la firmeza de los actos para quienes los han consentido, aspirando incluso, en su día a la adjudicación”.

Por tanto, consideramos que, frente al mero análisis objetivo de si el vicio del pliego alegado por el recurrente es constitutivo o no de nulidad de pleno derecho, debe analizarse también si se alega con quebranto de las exigencias de la buena fe, por haberse podido alegar en el recurso contra los pliegos interpuesto en tiempo y plazo por un licitador razonablemente informado y normalmente diligente; lo que daría prioridad, en la ponderación de derechos e intereses antes reseñada, al mantenimiento de la inatacabilidad del pliego; que no debe olvidarse debe constituir la regla general”.

En el caso que nos ocupa, la recurrente no necesitaba esperar a su exclusión para constatar la existencia de ilegalidad del PCAP o conocer su alcance. Al no haber recurrido el pliego en tiempo y forma, y haber esperado al momento de su exclusión , es obvio que se reservaba la posibilidad de beneficiarse de los pliegos ahora impugnados al pretender el base a ellos ser adjudicataria, manteniendo una segunda opción, para el caso de no serlo, mediante la impugnación de los pliegos.

Ello supondría ir en contra de los principios de buena fe y de prohibición de actuación contra sus propios actos, por lo que esta pretensión debe ser desestimada.

Por otro lado, el recurrente tampoco solicitó información aclaratoria o adicional sobre el contenido de los Pliegos, tal como prevé el apartado 37 del Anexo I del PCP.

Por ello, el motivo debe ser desestimado.

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 S.S.P. y don J.S.G., en nombre y representación de la empresa ACCIONA CONSTRUCCIONES S.A., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de fecha 6 de mayo de 2019, por la que se excluye su oferta del contrato “Obras de construcción de 71 viviendas con protección pública en arrendamiento y garajes en la parcela RC-4 del APE 18.05 “La Rosilla”, Promoción denominada “La Rosilla 4” Distrito de Villa de Vallecas (Madrid)”.

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.- 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.