



Recurso nº 1075/2018 C.A. Región de Murcia 98/2018

Resolución nº 1064/2018

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 23 de noviembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. M. Q. P. en representación de UTE ORTHEM SERVICIOS Y ACTUACIONES AMBIENTALES S.A.U. y D. A. S. G. en nombre y representación de CONSTRUCCIONES SANGONERA, S.A. (en adelante UTE ORTHEM), contra el acuerdo de la Mesa Permanente de Contratación del Ayuntamiento de Murcia de fecha 16 de octubre de 2018 por la que se le excluye del procedimiento de licitación seguido para el contrato "*Obras de peatonalización de la Gran Vía Alfonso X El Sabio 2º Fase: Eje Jaime El Conquistador-Plaza Circular, en Murcia*", Expte. 0148/2018, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por Decreto del Ayuntamiento de Murcia se acordó el inicio del procedimiento de licitación del contrato "*Obras de peatonalización de la Gran Vía Alfonso X El Sabio 2º Fase: Eje Jaime El Conquistador-Plaza Circular, en Murcia*". El procedimiento se anunció en el DOUE el 8 de agosto de 2018, en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 6 de agosto del mismo año.

Segundo. El procedimiento se rige por lo dispuesto en 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 se tramitó por procedimiento abierto.



Tercero. El 18 de septiembre se constituye la Mesa Permanente de Contratación del Ayuntamiento de Murcia para la apertura de los sobres que contienen la documentación administrativa, con el resultado que obra en el expediente. Posteriormente, el 25 de septiembre se procede a la apertura del sobre B, que contiene la oferta correspondiente a los criterios sujetos a juicios de valor; tras la subsanación de los defectos advertidos, se remite a los servicios técnicos para su valoración, quienes emiten su informe el 11 de octubre.

Cuarto. El 16 de octubre se reúne nuevamente la Mesa, acordando la aceptación del informe emitido por los servicios técnicos, asignando las puntuaciones correspondientes a los distintos licitadores. A continuación, se procede a la apertura de las ofertas económicas. A la vista de las mismas se observa que determinados licitadores, entre ellos el ahora recurrente, no había aportado la memoria que se exigía en este sobre, motivo por el cual se acuerda la exclusión de tales licitadores, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 9.4 del pliego. El acuerdo de exclusión es notificado al interesado el 22 de octubre.

Quinto. El 22 de septiembre de 2018, se formula recurso especial de revisión en materia contractual. Recibido el expediente en este Tribunal, se remitió al resto de licitadores para que formularan las alegaciones que a su derecho convengan el 29 de octubre de 2018, habiendo evacuado el trámite otro de los licitadores excluidos, la UTE FORUM SAN PATRICIO, S.A.- S.A. DE RIESGOS CAMINOS Y RIESGOS (en adelante UTE SAN PATRICIO), mediante escrito de 5 de noviembre, así como EDIFESA OBRAS Y PROYECTOS, S.A. (en adelante EDIFESA) mediante escrito de 12 de noviembre de 2018

Sexto. El procedimiento de licitación se encuentra suspendido, tras el acuerdo de concesión de la medida cautelar solicitada por el interesado por Resolución de este Tribunal de 26 de octubre de 2018.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Competencia del Tribunal.

El recurso se formula ante este Tribunal en un procedimiento para el que es competente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46 LCSP y en el Convenio suscrito al efecto el 4 de octubre de 2012 entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y publicado en el BOE el día 5 de noviembre de 2012.

Segundo. Acto recurrible y adecuación del procedimiento.

El se formula además frente a un acto dictado en un procedimiento de licitación susceptible de este recurso especial y contra un acto recurrible, pues se interpone frente a los pliegos y demás documentación contractual en que se establecen las condiciones que deben regir la contratación (art. 44.2 a) LCSP) y en relación con un contrato de obras con un valor estimado superior a 3.000.000 de euros (art. 44.1 a) LCSP).

Tercero. Plazo de interposición del recurso y legitimación del recurrente.

El recurso ha sido interpuesto en plazo y por persona legitimada para ello, al tratarse del licitador afectado por la exclusión.

Cuarto. Alegaciones del recurrente, informe del órgano de contratación y alegaciones del resto de licitadores.

El recurrente alega, en síntesis, la disconformidad jurídica del acuerdo de exclusión al considerar que la falta de presentación de la memoria exigida por el pliego no podía dar lugar en ningún caso a la exclusión automático, sino que debió darse un trámite de subsanación del defecto y ello por las siguientes razones:

a) Porque así lo exige el principio antiformalista y la doctrina del TACRC en relación con aquellos documentos complementarios de la oferta que no afectan al contenido de la misma y que pueden ser por tanto aportados con posterioridad, sin afectar al principio de intangibilidad de las ofertas.



b) La exclusión viene motivada, según se manifiesta en el propio acuerdo, para evitar “prácticas colusorias”, siendo así que la propia LCSP tiene previsto que cuando existen indicios de prácticas colusorias no procede la exclusión, sino la remisión del expediente a la CNMC.

c) Porque ese fue el criterio seguido en el procedimiento de licitación de la Fase I de las obras que son objeto de este contrato, lo que demuestra que ese era el criterio del propio órgano de contratación.

El órgano de contratación contesta a las anteriores alegaciones señalando lo siguiente:

a) El motivo de la exclusión no es porque se considere que existen indicios de prácticas colusorias, sino en aplicación de una cláusula del pliego que es clara y establece la exclusión automática de los licitadores en caso de no aportar la memoria, sin que dicha cláusula haya sido impugnada y no quepa por tanto ahora su discusión, dado que la presentación de la oferta supone la aceptación incondicionada del pliego, también por tanto en lo que se refiere a esta cláusula.

b) Precisamente el motivo por el que se incluyó esa cláusula de exclusión inmediata vino motivado por la experiencia del procedimiento anterior, en que algunas empresas que no presentaron la memoria optaron por no cumplir el trámite de subsanación, una vez conocido el resultado de la licitación, lo que puede favorecer la existencia de prácticas colusorias.

En sus alegaciones UTE FORUM, se limita a adherirse al recurso presentado por el recurrente, con remisión a todas las alegaciones contenidas en el mismo.

Finalmente, EDIFESA rechaza las alegaciones del recurrente, abundando en las consideraciones planteadas por el órgano de contratación.



Quinto. Impugnación de los pliegos con ocasión del recurso formulado contra actos dictados durante el procedimiento de licitación. Doctrina de este Tribunal.

La cláusula 9.4 del PCAP señala que, junto con la oferta económica, debía aportarse una Memoria, estableciendo lo siguiente:

*“**Memoria**, lo más detallada posible, **justificativa del precio ofertado**; en la que deberán incluirse la totalidad de las partidas previstas en el mismo, explicando de forma clara la ejecución del proyecto o presupuesto de obras desde el punto de vista económico. En su elaboración se observarán las siguientes instrucciones:*

- Se incluirá relación de gastos previstos por partidas, debidamente ordenados en su correspondiente tabla.*
- En el caso de subcontrataciones, se indicará la parte del contrato que tenga previsto subcontratar, señalando su importe, porcentaje de subcontratación con respecto al importe de adjudicación, breve explicación de las partidas a subcontratar y su vinculación con el proyecto, y el nombre o perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica de los subcontratistas a los que vaya a encomendar su realización.*
- Se incluirán asimismo las aclaraciones adicionales que el licitador considere relevantes para la justificación económica de su oferta.*

*La no presentación por el licitador de dicha Memoria será causa de **exclusión automática de la oferta**, a fin de evitar conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”.*

Dada la literalidad de esta cláusula, la estimación del recurso solo sería posible previa declaración de nulidad de la misma, lo que supone la impugnación del pliego por parte del licitador con ocasión de la presentación del recurso contra el acuerdo de exclusión dictado en aplicación de la misma.



Pues bien, esta cuestión ha sido tratada en distintas resoluciones de este Tribunal, pudiendo citar la Resolución nº 418/2015 de este Tribunal:

“Efectivamente, el Tribunal viene aplicando la doctrina reiterada de que la presentación de proposiciones por los licitadores implica, conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, la aceptación incondicional de los Pliegos, debiendo inadmitirse, por extemporánea, su posterior impugnación: “Respecto al cuestionamiento del contenido de los pliegos por parte de la recurrente este Tribunal coincide con el órgano de contratación en que dicha fundamentación resulta absolutamente extemporánea, habiendo reiterado en Resoluciones anteriores la doctrina de que los pliegos son la ley del contrato que obligan tanto a la Administración contratante como al licitador que presenta una proposición a una licitación determinada. Conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, ‘las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.’” (por todas, Resoluciones 59/2012, de 22 de febrero 142/2012, de 28 de junio, 155/2011, de 8 de junio, 172/11, de 29 de junio, 502/2013, de 14 de noviembre, ó 19/2014, de 17 de enero, 931/2014, de 18 de diciembre, entre otras muchas).

De acuerdo con lo expuesto, la falta de impugnación en plazo de los Pliegos obliga a los recurrentes, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), a pasar por su contenido, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en los Pliegos:

“los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación, sin perjuicio de la eventual apreciación ulterior de vicios de nulidad de pleno derecho” (Resoluciones 241/2012, de 31 de octubre, y 83/2014, de 5 de febrero, entre otras). Por tanto, salvo en los mencionados supuestos de nulidad de pleno derecho (con el carácter excepcional que caracteriza a la nulidad radical y con la interpretación restrictiva de que la misma ha de ser objeto), no cabe argumentar en un recurso especial supuestas



irregularidades de los Pliegos cuando éstos no han sido objeto de previa y expresa impugnación (por todas, Resolución 502/2013, de 14 de noviembre)”

En el presente caso el licitador conocía el contenido de la cláusula ahora cuestionada, que establecía con claridad la exclusión automática en caso de no presentación de la memoria, sin que procediera a la impugnación del pliego por considerar que la misma resultará contraria a Derecho. Siendo así, no es posible ahora alzarse contra la decisión de la Mesa que se limita en definitiva a la aplicación del pliego, que constituye *lex inter partes*, por lo que no es posible ahora su cuestionamiento.

Solo en caso de que se apreciara nulidad radical en la misma, sería posible entrar a valorar su impugnación con ocasión del recurso contra el acuerdo de exclusión. Para apreciar la nulidad radical ha de acudirse a lo dispuesto en el artículo 39 LCSP, así como en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas a las que éste remite, que establece motivos tasados de nulidad radical, sin que pueda extenderse a otros.

Así, señala el artículo 39:

“1. Son causas de nulidad de derecho administrativo las indicadas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2. Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes:

a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71.



b) La carencia o insuficiencia de crédito, de conformidad con lo establecido en la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, o en las normas presupuestarias de las restantes Administraciones Públicas sujetas a esta Ley, salvo los supuestos de emergencia.

c) La falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público o en los servicios de información similares de las Comunidades Autónomas, en el «Diario Oficial de la Unión Europea» o en el medio de publicidad en que sea preceptivo, de conformidad con el artículo 135.

d) La inobservancia por parte del órgano de contratación del plazo para la formalización del contrato siempre que concurran los dos siguientes requisitos:

1.º Que por esta causa el licitador se hubiese visto privado de la posibilidad de interponer recurso contra alguno de los actos del procedimiento de adjudicación y,

2.º Que, además, concurra alguna infracción de los preceptos que regulan el procedimiento de adjudicación de los contratos que le hubiera impedido obtener esta.

e) Haber llevado a efecto la formalización del contrato, en los casos en que se hubiese interpuesto el recurso especial en materia de contratación a que se refieren los artículos 44 y siguientes, sin respetar la suspensión automática del acto recurrido en los casos en que fuera procedente, o la medida cautelar de suspensión acordada por el órgano competente para conocer del recurso especial en materia de contratación que se hubiera interpuesto.

f) El incumplimiento de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos basados en un acuerdo marco celebrado con varios empresarios o de los contratos específicos basados en un sistema dinámico de adquisición en el que estuviesen admitidos varios empresarios, siempre que dicho incumplimiento hubiera determinado la adjudicación del contrato de que se trate a otro licitador.



g) El incumplimiento grave de normas de derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública que conllevara que el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista, declarado por el TJUE en un procedimiento con arreglo al artículo 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.”

Por su parte, el artículo 47 LPAC alude a las causas generales de nulidad de Derecho administrativo (vulneración de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, dictados por órgano manifiestamente incompetente razón de la materia o del territorio, que tengan un contenido imposible, que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta, que hayan sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados o, finalmente, los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que sea adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición).

Ninguna de tales causas ha sido invocada por el recurrente, ni se aprecia su concurrencia por este Tribunal en relación con la cláusula cuestionada, motivo por el cual el recurso debe ser desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Desestimar el recurso formulado por D. M. Q. P. en representación de UTE ORTHEM SERVICIOS Y ACTUACIONES AMBIENTALES S.A.U. y D. A. S. G. en nombre y representación de CONSTRUCCIONES SANGONERA, S.A., contra el acuerdo de la Mesa Permanente de Contratación del Ayuntamiento de Murcia de fecha 16 de octubre de 2018 por la que se le excluye del procedimiento de licitación seguido para el contrato “*Obras de peatonalización de la Gran Vía Alfonso X El Sabio 2º Fase: Eje Jaime El Conquistador-Plaza Circular, en Murcia*”, Expte. 0148/2018.



Segundo. Acordar el levantamiento de la medida cautelar, según lo dispuesto en el artículo 57.3 LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de temeridad o mala fe en el sostenimiento del recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.