



Recurso nº 1644/2021 C.A. de la Región de Murcia 123/2021

Resolución nº 1746/2021

Sección 1ª

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

En Madrid, a 2 de diciembre de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D. D. M. O. , en representación de CLUB NÁUTICO MAR MENOR, contra su exclusión de la licitación convocada por la Consejería de Fomento e Infraestructuras de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para contratar la *“Concesión de servicio del puerto Deportivo de Los Alcázares”*, expediente 14004/2021; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Consejería de Fomento e Infraestructuras de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ha tramitado el procedimiento para la contratación de la *“Concesión de servicio del puerto Deportivo de Los Alcázares”*, expediente 14004/2021.

Segundo. El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) el 20 de mayo de 2021 y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el 21 de mayo 2021.

Tras iniciarse la tramitación del procedimiento y llegado el momento de la apertura del sobre nº 2 (relativo a los criterios de adjudicación dependientes de juicio de valor) la mesa de contratación, en sesión de fecha 15 de septiembre de 2021 (documento 34 del expediente administrativo), acordó la exclusión del licitador CLUB NÁUTICO MAR MENOR del procedimiento de licitación, como consecuencia de haber incluido en el sobre nº 2, relativo a los criterios dependientes de juicio de valor, información que debía incluirse en el sobre nº 3, relativo a los criterios evaluables automáticamente.

El acuerdo de exclusión fue notificado al licitador recurrente el día 18 de octubre de 2021.



Tercero. Los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) establecen en el punto 8.3.3 (y en el anexo I del PCAP) los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas. Entre los cuales se encuentra (punto K.I.14) el de “*Jornadas de puertas abiertas*”. Como indicaba ese punto 8.3.3, los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas debían incluirse en el sobre nº 3. Por su parte, el punto 8.3.2, relativo a los criterios dependientes de juicio de valor, advertía expresamente de que:

“No se incluirá en el Sobre número 2, información relacionada con la Oferta Económica incluida en el anexo VI, la relacionada con el criterio K.1.4, ni tampoco la relacionada con el anexo VIII OTROS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE VALORACIÓN AUTOMÁTICA, la cual sólo podrá ser incluida en el Sobre número 3. El incumplimiento de esta condición conllevará la exclusión de la oferta del procedimiento de licitación”.

En el mismo sentido, el punto 10.2 del PCAP señalaba que:

“Se excluirá del procedimiento de contratación a aquellos licitadores que incorporen en el sobre nº 2, documentación que deba ser objeto de evaluación posterior y que deba ser incorporada en el Sobre nº 3”.

Los pliegos no fueron impugnados.

Cuarto. El escrito de recurso se presentó el día 5 de noviembre de 2021.

El recurrente impugna en su recurso el acuerdo de exclusión del procedimiento, alegando que la inclusión del dato sobre el número de jornadas a puertas abiertas que se ofertaba era necesaria, dada la exigencia de los propios pliegos de incluir en el sobre nº 2 un pre-estudio económico financiero. Alega que ese pre-estudio económico financiero es el mismo documento que, con algunas variaciones (canon de ocupación, tarifa de cesión y tarifa de alquiler), debía después también incluirse en el sobre nº 3 como estudio económico financiero. Explica el licitador recurrente que el estudio económico financiero a incluir en el sobre nº 3 no podía ser más que una actualización del pre-estudio económico financiero. Y que, por lo tanto, en este último, necesariamente debían incluirse en las estimaciones de los gastos de la concesión. Pues de otra manera no podía valorarse la viabilidad económica ni obtenerse los distintos datos económicos y financieros que exigía el estudio. Argumenta



el recurrente que la celebración de las jornadas de puertas abiertas supone un gasto, por lo que necesariamente debía incluirse en el pre-estudio económico financiero. Destaca que el propio pliego señalaba que en ese documento de pre-estudio económico financiero debían detallarse todos los gastos que se fueran a producir en la explotación de la concesión. Pone de manifiesto en definitiva que el pliego contenía una contradicción, pues exigía incluir en el sobre nº 2 el pre-estudio económico financiero, pero a la vez impedía incluir datos propios de los criterios automáticos del sobre nº 3, que sin embargo eran necesarios para el estudio económico. Y pone como ejemplo la inversión en un edificio de vela.

Partiendo de esa contradicción que, según el licitador, contendrían los pliegos, el recurrente pasa a exponer de forma extensa las reglas en materia de interpretación contractual que se derivan del Código Civil, haciendo especial énfasis en que la oscuridad o el error cometidos por la Administración contratante al redactar los pliegos, no pueden beneficiar a dicha Administración y perjudicar al licitador. Insiste en que no puede recaer en el licitador el efecto negativo de la contradicción de los pliegos, aludiendo también al principio de buena fe. A continuación, continúa efectuando unas extensas alegaciones sobre las distintas reglas interpretativas de los contratos, argumentando en relación a la interpretación sistemática, a la regla de que las cláusulas oscuras no pueden beneficiar a la parte haya causado la oscuridad, interpretación teleológica, etc.

Por todo ello, el recurso solicita la estimación del mismo y la anulación del acuerdo de exclusión con readmisión al procedimiento de licitación. Subsidiariamente, solicita la anulación del pliego *“con derecho de los licitadores a ejercitar las acciones de responsabilidad patrimonial por los perjuicios que hayan sufrido”*.

Quinto. El órgano de contratación emitió informe con fecha de 15 de noviembre de 2021. En dicho informe se explica que, ciertamente, el estudio económico financiero es una actualización del pre-estudio económico financiero. Si bien no se comparten el resto de alegaciones del recurrente. Explica el órgano de contratación que el pliego exigía efectivamente señalar en el pre-estudio económico financiero los gastos de la explotación de la concesión. Y que los gastos derivados de la celebración de las jornadas de puertas abiertas se podían incluir en el apartado de otros gastos, pero no era necesario en modo alguno especificar concretamente el número de jornadas de puertas abiertas que se iba a



ofertar. Es decir, no era necesario identificarlos como tales. Recordando que los pliegos advertían expresamente de que la consecuencia de incluir criterios de evaluación automática en el sobre de juicios de valor conllevaba la expulsión del procedimiento. Además, afirma el órgano de contratación que en los pliegos no existía ninguna contradicción, al ser compatible la inclusión en la previsión de gastos de los que se preveía que fueran a derivarse de las Jornadas de puertas abiertas, con la exigencia de no incluir en el sobre nº 2 información del sobre nº 3. Y que lo que ha existido es un error del licitador, no siendo posible por esta causa la anulación de los pliegos.

Por todo ello, el órgano de contratación solicita la desestimación del recurso.

Sexto. En fecha 16 de noviembre de 2021 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 19 de noviembre de 2021 se presentan alegaciones por la entidad BOLNUEVO DE TURISMO, S.A., solicitando la desestimación del recurso.

En su escrito, BOLNUEVO DE TURISMO, S.A. alega que es indudable que CLUB NÁUTICO MAR MENOR ha infringido los pliegos al incluir en el sobre de criterios de juicio de valor información sobre la oferta económica del sobre nº 3. Argumenta que las Jornadas de puertas abiertas no tienen por qué suponer la generación de ningún gasto, y que la impugnación de los pliegos sería extemporánea. Explica que las Jornadas de puertas abiertas no suponen más que abrir las instalaciones portuarias al público en general. Y que, de suponer algún gasto, se podía este incluir en el apartado de “*otros gastos*” sin necesidad de especificar el número de jornadas. Y que el licitador recurrente no presentó recurso en su momento contra los pliegos, no pudiendo recurrirlos ahora ni pretender su nulidad, y recordando que la presentación de la oferta supone la aceptación incondicionada de tales pliegos.

Por ello solicita la desestimación del recurso.

Séptimo. Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 26 de noviembre de 2021 acordando adoptar de oficio la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo



dispuesto en el artículo 56.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), de forma que, según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Competencia, acto recurrible, legitimación y plazo.

El recurso ha sido debidamente interpuesto ante este Tribunal, que es competente para su resolución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 13 de noviembre de 2020 (BOE de fecha 21/11/2020).

De acuerdo con el artículo 44.2.b) de la LCSP, los acuerdos de exclusión de ofertas son susceptibles de recurso especial. Se trata, además, de un contrato de concesión servicios cuyo valor estimado supera los 3 millones de euros.

El recurrente está legitimado de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, dado que ha sido excluido de la licitación por la Resolución objeto de recurso.

El recurso se ha interpuesto dentro del plazo para la interposición de quince días hábiles del artículo 50.1.c) de la LCSP.

Segundo. Comenzando por el análisis las cuestiones de fondo que plantea el recurso, hay que partir de la advertencia de que, como indica el informe del órgano de contratación y las alegaciones de BOLNUEVO DE TURISMO, S.A., no puede pretender ahora el recurrente la anulación de los pliegos ni la impugnación de alguno de sus puntos. El recurso se basa en que los pliegos contenían una incoherencia o contradicción. Pues, por una parte, señalaban que no se podía incluir en el sobre nº 2 información sobre los criterios automáticos del sobre nº 3, pero por otra parte exigían presentar un pre-estudio económico financiero en el sobre nº 2, en el cual se exigía detallar todos los gastos. Gastos entre los cuales debían necesariamente incluirse los de las Jornadas de puertas abiertas. Es a partir



de esa pretendida contradicción u oscuridad de los pliegos que el recurrente pretende que se efectúe una interpretación de los mismos, acorde a sus intereses, anulándose su exclusión del procedimiento o, incluso, pidiendo de forma subsidiaria la anulación de los pliegos.

Pues bien, este Tribunal debe advertir al recurrente de que, si las disposiciones de los pliegos le causaban dudas o eran oscuras, pudo haber solicitado las aclaraciones correspondientes al órgano de contratación, al amparo del artículo 138 de la LCSP. Lo cual no hizo, como tampoco se impugnaron en su momento los pliegos. Lo cual impide en este momento poner en duda la validez de los mismos por parte del recurrente, recordando en este punto que constituyen la “*lex contractus*” y son plenamente vinculantes para el licitador.

Debe recordarse también la reiterada doctrina sentada por este Tribunal respecto de la imposibilidad de atacar los pliegos con ocasión del recurso contra el acto de adjudicación cuando en su momento no se impugnaron los mismos en el momento oportuno (doctrina igualmente aplicable cuando se impugna un acuerdo de exclusión por un licitador que no impugnó los pliegos). Así, dijimos en la Resolución nº 294/2019, de 25 de marzo, que:

“Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de la cualidad de lex contractus de los pliegos, una vez éstos adquieran firmeza. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2001 y otras resoluciones de este Tribunal: 178/2013, 17/2013, 45/2013 y más recientemente la Resolución 613/2018:

“Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en multitud de ocasiones acerca de la cualidad de lex contractus de los pliegos, una vez éstos adquieren firmeza. Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de Marzo de 2001 (Sección Séptima) y otras resoluciones de este Tribunal (178/2013, 17/2013 y 45/2013) en la que se afirma que «esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la conocida doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como



los que soliciten tomar parte en el mismo ,especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar, en ningún momento, las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus propios actos, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones que, obviamente, pretendía». Este criterio se mantiene en la resolución 321/2013, donde, con cita de la 178/2013, se precisa que la falta de impugnación de los pliegos hace «inviabile la posibilidad de que se invoque posteriormente su supuesta improcedencia o ilegalidad para impugnar la adjudicación ya efectuada en favor de la proposición más conveniente a otro licitador, tanto más cuando que existe un trámite especialmente concebido para poder impugnar los citados Pliegos en su fase inicial mediante el recurso especial en materia de contratación contra “los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación”».”

Así pues, el recurrente no puede ahora impugnar la exclusión de su oferta bajo el argumento de la oscuridad o incorrección de los pliegos, cuando no los impugnó en su momento. Igualmente pudo haber pedido aclaraciones al órgano de contratación acerca de cómo se debía solventar la pretendida contradicción de los pliegos en cuanto al detalle de los gastos a incluir en el pre-estudio económico financiero del sobre nº 2 sin incumplir la regla de no mencionar datos de la oferta del sobre nº 3. Lo cual tampoco hizo el licitador, no pudiendo ahora pretender la anulación de los pliegos.

Tercero. Consecuencias derivadas de la inclusión de documentación del Sobre 3 en el Sobre 2.

En primer lugar, este Tribunal considera, tras analizar los PCAP, que los mismos eran claros y no ofrecían dudas respecto de las consecuencias de incluir en el sobre nº 2 (de criterios de juicio de valor) información propia de los criterios de evaluación automática del sobre nº 3.



Como ya se ha indicado, los PCAP indicaban en el punto 8.3.3 que los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas (entre los cuales se encuentra el de las Jornadas de puertas abiertas) debían incluirse en el sobre nº 3. Por su parte, el punto 8.3.2, relativo a los criterios dependientes de juicio de valor, advertía expresamente de que:

“No se incluirá en el Sobre número 2, información relacionada con la Oferta Económica incluida en el anexo VI, la relacionada con el criterio K.1.4, ni tampoco la relacionada con el anexo VIII OTROS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN DE VALORACIÓN AUTOMÁTICA, la cual sólo podrá ser incluida en el Sobre número 3. El incumplimiento de esta condición conllevará la exclusión de la oferta del procedimiento de licitación”.

En el mismo sentido, el punto 10.2 PCAP señalaba que:

“Se excluirá del procedimiento de contratación a aquellos licitadores que incorporen en el sobre nº 2, documentación que deba ser objeto de evaluación posterior y que deba ser incorporada en el Sobre nº 3”.

Así pues, los pliegos eran muy claros y fijaban de forma terminante la exclusión del procedimiento de licitación en el caso de que se incorporasen en el sobre nº 2 información que debiera incluirse en el sobre nº 3.

Por otra parte, es cierto que las reglas del Código Civil en materia de interpretación de los contratos son aplicables en el ámbito de la contratación administrativa. Pero ello no puede obstar a la aplicación de una regla legal imperativa, como es la que impide incluir en el sobre relativo a los criterios dependientes de juicio de valor información de la oferta económica o de los criterios evaluables automáticamente. Y hay que tener especialmente en consideración que dicha regla no deriva únicamente de los pliegos, sino que se trata de una regla que viene fija de la propia ley de contratos. Es decir, de una regla establecida de forma imperativa en una norma con rango de ley, concretamente en el artículo 157.2 de la LCSP:

“Cuando, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores deberán presentar la proposición en dos sobres o archivos electrónicos: uno con la documentación que



deba ser valorada conforme a los criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor, y el otro con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas”.

Dicha previsión normativa tiene su propio fundamento: impedir que el órgano de contratación o sus órganos de asistencia puedan conocer los criterios sujetos a evaluación automática antes de conocer y evaluar los criterios dependientes de juicio de valor. Con ello, se evita que la emisión de dicho juicio de valor sobre los criterios sometidos a tal clase valoración, se encuentre ya influenciada o predeterminada por el conocimiento de los criterios automáticos, impidiendo que, en definitiva, se pueda dirigir la adjudicación hacia un determinado licitador. Se trata en definitiva de mantener la imparcialidad y la objetividad que debe regir la contratación pública.

Razones y fundamentos del orden legal que son la esencia de toda la legislación en materia de contratación pública, y que están por encima de las consideraciones que efectúa recurrente sobre quién debe soportar las consecuencias de una cláusula oscura o sobre que su comportamiento haya sido de buena fe.

Tanto los pliegos como la ley de contratos prohíben de forma clara y categórica que se puedan incluir en el sobre de juicios de valor criterios que sean objeto de valoración automática. Los pliegos en este caso eran muy claros al respecto y advertían expresamente en dos ocasiones de que la consecuencia del incumplimiento de dicha regla era la exclusión de la oferta del procedimiento de licitación.

En este sentido, en la Resolución nº 441/2019, de 25 de abril, este Tribunal examinó un supuesto que presenta semejanzas con el que estamos analizando, señalando que:

“El anexo conforme al cual debía formularse la oferta era meridianamente claro, y la empresa recurrente no lo completó en su integridad, dando lugar al consecuente incumplimiento de los pliegos.

El artículo 139 de la LCSP es claro cuando dice:

“1. 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 (...)

Pues bien, la empresa recurrente, que es una empresa notoria en el mercado en el que ejerce su actividad, y que precisamente se declara adjudicataria del contrato inmediatamente precedente, en el caso de que se hubiera considerado incapaz de formular una oferta que diera cumplimiento al Anexo V del expediente debería haberlo hecho notar en el momento oportuno para ello: pidiendo aclaraciones al respecto al órgano de contratación, o bien impugnando los pliegos por ser de imposible incumplimiento. Frente a ello, prefirió someterse a los mismos, los cuales constituyen lex contractus, y presentar, sin embargo, una oferta que no se ajustaba a sus exigencias.” (el subrayado es nuestro)

Las anteriores afirmaciones resultan plenamente aplicables al presente caso. El licitador excluido bien pudo haber impugnado en su momento los pliegos, pero no lo hizo, aquietándose a su contenido. Igualmente pudo haber solicitado aclaraciones para la correcta presentación de la oferta. Ciertamente, sobre todo licitador que se presente a un procedimiento de adjudicación pesan una serie de cargas para poder optar a la válida adjudicación del contrato. Una de las cuales es, desde luego, la de presentar la oferta conforme a las exigencias de los pliegos que rigen la contratación. Los cuales, como se desprende del artículo 139 de la LCSP, constituyen la “*lex contractus*”. La sola presentación de la proposición supone “*ex lege*” la aceptación incondicionada por el licitador de las condiciones establecidas en los pliegos. Por lo que no es válido alegar con posterioridad la imposibilidad de cumplir con tales condiciones. Imposibilidad que tampoco era tal, pues los demás licitadores sí presentaron el pre-estudio económico financiero sin explicitar el número de Jornadas de puertas abiertas que se ofertaba. Y, además, la “*solución*” ante la alegada incoherencia de los pliegos resultaba bastante clara: incluir en el apartado de “*otros gastos*” los que se estimasen causados por las “*Jornadas de puertas abiertas*”, sin necesidad alguna de mencionar expresamente el número de “*Jornadas*” que se ofrecían.

De acuerdo con todo lo expuesto, este Tribunal debe por lo tanto desestimar el presente recurso.

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 interpuesto por D. D. M. O. , en representación de CLUB NÁUTICO MAR MENOR, contra su exclusión de la licitación convocada por la Consejería de Fomento e Infraestructuras de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para contratar la “*Concesión de servicio del puerto Deportivo de Los Alcázares*”, expediente 14004/2021.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. 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 multa prevista en el artículo 58 de la 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 del 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.