



**Recurso nº 794/2013**

**Resolución nº 001/2014**

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

En Madrid, a 10 de enero de 2014.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J.D.O.P. en representación de EXPAL SYSTEMS, S.A. (EXPAL) (antes EXPLOSIVOS ALAVESES S.A.) contra la resolución del general jefe de la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra de 18 de octubre de 2013, por la que se adjudica el contrato relativo a la adquisición de "Munición 12,70 X 99 MM M8/M20", con número de expediente 209112013023300, y se excluye de la licitación a la sociedad EXPAL SYSTEMS S.A., el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** La Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el día 26 de junio de 2013 y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 3 de julio de 2013, licitación para la adjudicación por procedimiento negociado con publicidad del contrato relativo a la adquisición de "Munición 12,70 X 99 MM M8/M20" por importe de 2.680.000 € (IVA excluido).

**Segundo.** A la licitación concurrió la sociedad EXPAL SYSTEMS, S.A. (EXPAL), junto con otros licitadores. La tramitación se llevó a cabo mediante los trámites de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y de la Seguridad (en adelante, LCSPDS).

Examinada la documentación presentada por los licitadores, la Mesa de Contratación, en su reunión celebrada el día 3 de septiembre de 2013, acordó excluir a la sociedad EXPAL

SYSTEMS, S.A. (EXPAL), por el siguiente motivo: *“Por no presentar proposición técnica de acuerdo con la cláusula 13 del PCAP”*.

El acuerdo de exclusión fue notificado a la interesada, juntamente con la resolución por la que se acuerda la adjudicación del contrato, el día 23 de octubre de 2013.

**Tercero.** En fecha 30 de octubre de 2013, tuvo entrada en el Registro General del Ministerio de Defensa escrito de la ahora recurrente anunciando la interposición de recurso especial en materia de contratación.

**Cuarto.** Con fecha 31 de octubre de 2013, tuvo entrada en el Registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recurso especial en materia de contratación frente a la resolución del general jefe de la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra de 18 de octubre de 2013, por la que se adjudica el contrato relativo a la adquisición de “Munición 12,70 x 99 mm M8/M20” y se notifica la exclusión de la sociedad EXPAL SYSTEMS S.A.

**Quinto.** Por la Secretaría del Tribunal, el día 12 de noviembre de 2013 se procedió a notificar la interposición del recurso a todos los licitadores para que formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo hecho uso de su derecho la sociedad SANTA BÁRBARA SISTEMAS S.A. (SBS), mediante escrito firmado por D. <sup>a</sup> Celia Corujo Martín, presentado en el registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales el 18 de noviembre de 2013.

**Sexto.** Interpuesto el recurso, con fecha 20 de noviembre de 2013 este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba mantener la suspensión del procedimiento de contratación, producida conforme a lo dispuesto en el artículo 45 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

**Séptimo.** A la vista del contenido del informe remitido por el órgano de contratación, este Tribunal apreció la concurrencia de hechos nuevos que pudieran ser determinantes de la nulidad del procedimiento. En consecuencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), puso su existencia en

conocimiento de los licitadores, a los efectos de que pudieran formular alegaciones sobre los mismos.

EXPAL SYSTEMS S.A. hizo uso de su derecho mediante escrito que tuvo entrada en el registro de este Tribunal el día 12 de diciembre de 2013.

SANTA BÁRBARA SISTEMAS S.A. hizo uso de su derecho mediante escrito de alegaciones que tuvo entrada en el registro de este Tribunal el día 16 de diciembre de 2013.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** La competencia para resolver el presente recurso corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 59.2 de la LCSPDS, habida cuenta de que el órgano de contratación es un órgano integrado en la Administración General del Estado.

**Segundo.** Tanto la resolución por la que se excluye a un licitador, como el acto de adjudicación del contrato son susceptibles de recurso especial en materia contractual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 39.2, letras b) y c) respectivamente, teniendo el primero el carácter de acto de trámite que determina la imposibilidad de continuar la tramitación del procedimiento, cuando se refiera a contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la LCSPDS y estén sujetos a regulación armonizada.

Respecto del contrato, por su naturaleza es un contrato de suministro, cuyo objeto está constituido por la adquisición de munición destinada a las Fuerzas Armadas, por lo que tiene cabida en el artículo 2.1.b) de la LCSPDS. La cuantía del contrato es superior a 400.000€, por lo que tiene el carácter de contrato sujeto a regulación armonizada, conforme a lo establecido en el artículo 5.a) de la LCSPDS.

**Tercero.** Se han cumplido los requisitos de plazo para anuncio e interposición de la reclamación, previstos en el artículo 44 del TRLCSP, aplicable en virtud de la remisión realizada por el artículo 59.1 de la LCSPDS.

**Cuarto.** En cuanto a la legitimación de la recurrente, ésta deriva de la condición de licitador en el procedimiento en el que han recaído los acuerdos objeto de impugnación (contenidos formalmente en el mismo documento). Dada la condición de licitador de la recurrente, tanto el acuerdo de exclusión como el acuerdo de adjudicación del contrato son actos que afectan a sus derechos e intereses legítimos, por lo que concurre el requisito de legitimación exigido en el artículo 42 del TRLCSP, aplicable en virtud de la remisión contenida en el artículo 59.1 de la LCSPDS.

**Quinto.** Sobre el fondo del asunto, la recurrente solicita que se anule la resolución impugnada y se retrotraigan las actuaciones al momento en que se realizó la valoración de las ofertas, incluyendo la oferta presentada por EXPAL entre las ofertas a valorar, al considerar que del contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no puede deducirse la necesidad de presentación de oferta técnica o, en su caso, debiera haberse otorgado plazo para subsanar este defecto.

Por su parte, SANTA BÁRBARA SISTEMAS S.A., en el escrito de alegaciones presentado, solicita la desestimación del recurso interpuesto considerando que el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares exigía la presentación de una oferta técnica, extremo incumplido por la recurrente, sin que este defecto resultara subsanable.

Por último, el órgano de contratación, en el informe a que hace referencia el artículo 46.2 TRLCSP, pone de manifiesto la existencia de una infracción de procedimiento, consistente en la falta de publicidad de la licitación en el DOUE, por lo que considera procedente la declaración de la nulidad del mismo.

**Sexto.** Procede referirse en primer lugar a las consecuencias derivadas de la falta de publicidad en el DOUE de la licitación convocada, puesta de manifiesto por el propio órgano de contratación.

La falta de publicidad en el DOUE ha sido considerada por este Tribunal como un hecho nuevo, del que se ha dado traslado a los licitadores a los efectos de que formulen las alegaciones que consideren pertinentes.

EXPAL SYSTEMS S.A., en su escrito de alegaciones pone de manifiesto en primer lugar que el informe de la Junta de Contratación no es el trámite procesal idóneo para solicitar

la nulidad, considerando que esta cuestión debería haber sido objeto de planteamiento separado una vez se hubiera resuelto el recurso. Sobre el fondo del asunto, solicita que se inadmita la que califica como “cuestión de nulidad” [ha de entenderse que formulada por el órgano de contratación], al amparo de lo dispuesto en el artículo 39.2 del TRLCSP y se dicte resolución pronunciándose expresamente sobre las pretensiones deducidas en el recurso.

Por su parte, SANTA BÁRBARA SISTEMAS S.A. señala en sus alegaciones que el Tribunal debe limitarse a resolver el recurso interpuesto por EXPAL, sin entrar a valorar el motivo de nulidad aducido por la Administración contratante, considerando que la Administración contratante pretende aprovechar el recurso interpuesto por EXPAL para proceder a una revisión de oficio encubierta de un acto favorable a SANTA BÁRBARA SISTEMAS S.A. sin seguir los trámites previstos al efecto, lo cual considera que es “jurídicamente improcedente y motivo de nulidad”.

**Séptimo.** A pesar de que la sociedad EXPAL SYSEMS S.A. califica el informe del órgano de contratación en el que pone de manifiesto la existencia de un vicio de procedimiento en la tramitación como una “cuestión de nulidad”, prevista en el artículo 39 del TRLCSP, esta calificación no es certera.

De una parte, conforme al artículo 58.2 de la LCSPDS, podrá plantear la cuestión de nulidad *“toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por los supuestos de nulidad del artículo 56”*.

Esta fórmula de determinar la legitimación es equivalente a la establecida en el artículo 42 del TRLCSP, sin más diferencia que la relativa a los motivos en los que puede fundamentarse. De esta forma, la legitimación para la interposición de la cuestión de nulidad se refiere a los particulares, no al órgano de contratación. Ello es concurrente con la existencia de facultades de autotutela en el órgano de contratación, cuyo ejercicio en el caso del procedimiento de contratación aparece recogido de forma expresa en el artículo 34 del TRLCSP, de aplicación en virtud de la remisión contenida en el artículo 55 de la LCSPDS. Así pues, ante la concurrencia de una causa de nulidad de pleno derecho de las contempladas en el artículo 56 de la LCSPDS, las vías de actuación de particulares y

órgano de contratación serán distintas. Mientras los particulares podrán ejercitar la cuestión de nulidad, el órgano de contratación habrá de acudir al procedimiento de revisión de oficio, en la forma establecida en las normas aplicables a la Administración en la que se integre. Por ello, si se hubiera pretendido formular una cuestión de nulidad por el órgano de contratación, ésta debiera haberse inadmitido.

Sin embargo, no ha sido esta la forma de actuación del órgano de contratación. El órgano de contratación ha emitido el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, incluyendo la valoración que ha considerado conveniente de las pretensiones formuladas por la recurrente. El citado precepto no determina cuál ha de ser el contenido del referido informe, por lo que nada impide que el órgano de contratación pueda destacar la concurrencia de algún vicio de procedimiento en la tramitación del expediente, para su valoración a los efectos procedentes por este Tribunal.

Desde este punto de vista, el informe del órgano de contratación pone en conocimiento de este Tribunal hechos que no habían sido tenidos en cuenta por los interesados, ni en el recurso ni en sus alegaciones, pero que pudieran tener incidencia en su resolución. Habida cuenta de que, conforme al artículo 46.1 del TRLCSP, la tramitación del recurso especial en materia de contratación se realizará de conformidad con lo establecido en la LRJPAC con las especialidades contenidas en el propio artículo, resultará de aplicación lo establecido en el artículo 113 de la LRJPAC, debiendo resolver sobre todas las cuestiones que plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados, sin más requisito, en este último caso (cuando no fueron alegados por los interesados), que el de oírlos previamente. Este requisito procesal ha sido cumplido adecuadamente, según se ha puesto de manifiesto en el antecedente séptimo.

**Octavo.** Por su parte, la sociedad SANTA BÁRBARA SISTEMAS S.A. considera que una resolución de este Tribunal que se manifestara sobre el motivo de nulidad puesto de manifiesto por el órgano de contratación sería nula de pleno derecho por incurrir en el vicio de nulidad radical contemplado en el artículo 62.1.e) de la LRJPAC (acto dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o con infracción de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados), pues el órgano de contratación no estaría legitimado para la interposición del recurso especial en materia de contratación.

Ahora bien, se ha señalado en el punto anterior que el órgano de contratación no ha interpuesto una cuestión de nulidad. Del mismo modo cabe señalar que tampoco el órgano de contratación ha interpuesto un recurso especial en materia de contratación, sino que ha emitido el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP. De esta forma, no estamos ante un procedimiento iniciado por quien carece de legitimación para ello, sino que se trata de un procedimiento que fue iniciado a instancia de persona legitimada para ello y en el que aparecen hechos distintos de los alegados por las partes, que pueden tener trascendencia para la resolución que se dicte. Tampoco puede entenderse que este Tribunal realiza una revisión de oficio de un acto administrativo, pues ni es el autor del acto impugnado, ni su actuación se realiza de oficio, sino que el enjuiciamiento del acto se realiza en virtud de la impugnación de una parte legitimada para ello. No existe, por tanto, inadecuación de procedimiento en la actuación de este Tribunal. Tampoco se indica qué acto hubiera podido omitirse en esa actuación.

Así las cosas, lo que pone en cuestión SANTA BÁRBARA SISTEMAS S.A. no es la legitimidad del procedimiento que se está tramitando, sino que, en este procedimiento, este Tribunal pueda tener en cuenta hechos que no han sido alegados por los interesados.

Sobre este punto, sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, ha de destacarse lo que ya se ha apuntado: que los artículos 112 y 113 de la LRJPAC se refieren expresamente a la posibilidad de que se tengan en cuenta aspectos que no hayan sido alegados por los interesados, en el primer caso en relación con hechos nuevos y en el segundo en relación con la obligación de resolver cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido alegadas o no por los interesados.

Así pues, la valoración por este Tribunal de los hechos puestos de manifiesto por el órgano de contratación no puede considerarse como infracción de procedimiento determinante de la nulidad de la resolución que en el mismo recaiga.

**Noveno.** En cuanto a la posibilidad de que por este Tribunal pueda apreciarse de oficio la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho aunque no haya sido alegada por los interesados, debe examinarse la doctrina jurisdiccional sobre este punto.

En el ámbito civil, es doctrina consolidada desde muy antiguo que la nulidad de pleno derecho surte efectos ipso iure, de forma que puede ser apreciada por los tribunales sin necesidad de petición expresa de la parte (STS 27 de mayo de 1949, STS 29 de octubre de 1949, STS de 23 de junio de 1966, entre otras), si bien para que esta apreciación pueda realizarse: i) se deben probar los hechos de los que derive la nulidad del contrato y ii) han de estar presentes en el pleito todos los que intervinieron en la celebración del contrato de que se trate o sus sucesores o causahabientes.

En el ámbito administrativo, es igualmente antigua y consolidada la doctrina conforme a la cual la nulidad de pleno derecho es de orden público, de forma que puede ser declarada de oficio aunque nadie haya solicitado la declaración (STS 11 de octubre de 1956, STS 31 de enero de 1967, STS de 22 de octubre de 1972, STS de 31 de enero de 1975, entre otras muchas).

Lo que se ha señalado respecto de los órganos jurisdiccionales es de aplicación también respecto de este Tribunal. No sólo porque encuentra su fundamento positivo en los ya referidos artículos 112 y 113 de la LRJPAC, sino también porque una actuación de este órgano revisor que no pudiera apreciar de oficio la concurrencia de un vicio de nulidad de pleno derecho dejaría al arbitrio de las partes (mediante la invocación o no del vicio de que se trate) la declaración de la nulidad de pleno derecho, siendo así que se trata de un vicio no susceptible de convalidación. Del mismo modo, ante la impugnación de un contrato, la falta de alegación del vicio de nulidad conduciría (en caso de que no concurriera otro vicio en el contrato) a que el órgano revisor tuviera que declarar la validez de un contrato que en realidad es nulo de pleno derecho. En ambos casos, el consentimiento del interesado convalidaría el acto nulo, cuestión que no resulta admisible, ya que nadie puede consentir eficazmente algo que rebasa el ámbito de su propia esfera individual.

Conclusión de lo expuesto es que la existencia de un vicio de nulidad puede ser apreciada por este Tribunal aunque no haya sido alegada por los interesados, si bien será necesario que se dé audiencia a éstos, conforme establece el ya referido artículo 113 de la LRJPAC.



**Décimo.** En cuanto al hecho concreto que destacaba el órgano de contratación en el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP, éste es la falta de publicidad de la convocatoria en el DOUE, sin que este hecho haya sido discutido por los interesados en sus alegaciones y sin que tampoco éstos hayan realizado alegación alguna en relación con la obligatoriedad de tal publicidad. De esta forma ha de tenerse por cierto que no existió publicidad de la licitación en el DOUE.

Conforme al artículo 56.1.a) de la LCSPDS, los contratos regulados por esta ley y que estén sujetos a regulación armonizada serán nulos en los siguientes casos:

*“a) Cuando el contrato se haya adjudicado sin cumplir previamente con el requisito de publicación del anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, en aquellos casos en que sea preceptivo de conformidad con el artículo 26, cuando se trate de contratos sujetos a regulación armonizada del artículo 5 de esta Ley”*

Ello no obstante, el apartado 2 del propio precepto establece que

*“... no procederá la declaración de nulidad a que se refiere este artículo en el supuesto de la letra a) del apartado anterior si concurren conjuntamente las tres circunstancias siguientes:*

- a) Que de conformidad con el criterio del órgano de contratación el contrato esté incluido en alguno de los supuestos de exención de publicación del anuncio de licitación en el DOUE previstos en esta ley.*
- b) Que el órgano de contratación publique en el DOUE un anuncio de transparencia previa voluntaria en el que se manifieste su intención de celebrar el contrato y que contenga los siguientes extremos:*
  - a. Identificación del órgano de contratación*
  - b. Descripción de la finalidad del contrato*
  - c. Justificación de la decisión de adjudicar el contrato sin el requisito de publicación del artículo 26*

- d. *Identificación del adjudicatario del contrato*
  - e. *Cualquier otra información que el órgano de contratación considere relevante*
- c) *Que el contrato no se haya perfeccionado hasta transcurridos diez días hábiles a contar desde el siguiente al de la publicación del anuncio.”*

En el caso que nos ocupa, no se ha producido la publicidad de la licitación en el DOUE y no concurren las tres circunstancias enumeradas en el apartado 2 anteriormente referido, pues, de una parte, el órgano de contratación ha declarado (en el informe a que se refiere el artículo 46.2 del TRLCSP) que considera necesaria la publicación en el DOUE; y de otra parte, no ha tenido lugar la publicación del anuncio de transparencia previa voluntaria.

De esta forma, en la adjudicación realizada concurre un vicio de nulidad de pleno derecho.

De conformidad con lo que se ha razonado en apartados anteriores, este Tribunal puede apreciar la concurrencia de tal vicio, aunque no haya sido alegado por los interesados, sin más requisito que el haberlos oído con carácter previo, aspecto éste que ha sido debidamente cumplimentado.

**Undécimo.** Por último, el artículo 113 de la LRJPAC establece como límite a la posibilidad de resolución de cuestiones no planteadas por las partes la prohibición de la *reformatio in peius*.

En el caso que nos ocupa, la situación de la recurrente no se ve empeorada, habida cuenta de que no había resultado adjudicataria del contrato.

Por lo que se refiere a la adjudicataria del contrato, su situación era objeto de debate, de forma que es el propio recurso el que da lugar a que la adjudicación realizada a su favor pudiera claudicar.

**Duodécimo.** Consecuencia de lo expuesto procede la anulación de la adjudicación realizada a favor de SANTA BÁRBARA SISTEMAS S.A., así como de todos los actos

realizados con posterioridad a la omisión de la publicidad de la licitación en el DOUE, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento en que se omitió tal trámite.

Declarada la nulidad de las actuaciones realizadas desde la omisión del trámite procedimental referido, no resulta necesario pronunciarse respecto de las demás pretensiones deducidas.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. J.D.O.P. en representación de EXPAL SYSTEMS, S.A. (EXPAL) (antes EXPLOSIVOS ALAVESES S.A.) contra la resolución del general jefe de la Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico del Ejército de Tierra de 18 de octubre de 2013, por la que se adjudica el contrato relativo a la adquisición de “Munición 12,70 X 99 MM M8/M20”, con número de expediente 209112013023300, y se excluye de la licitación a la sociedad EXPAL SYSTEMS S.A., declarando la nulidad de pleno derecho de la adjudicación del contrato realizada a favor de SANTA BÁRBARA SISTEMAS S.A., así como de todos los actos realizados con posterioridad a la omisión de la publicidad de la licitación en el DOUE, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento en que se omitió tal trámite.

**Segundo.** Levantar la suspensión cautelar acordada conforme a los artículos 45 y 46 del TRLCSP, al amparo de lo dispuesto en el artículo 47.4 del referido cuerpo legal.

**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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 la Audiencia Nacional, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.