

Recurso indirecto contra los pliegos rectores de la licitación con motivo de la impugnación del acto de adjudicación del contrato

Jaime Pintos Santiago

Socio-director del Despacho Jaime Pintos Abogados & Consultores

Profesor doctor de Derecho Administrativo.

Universidad a Distancia de Madrid, UDIMA

Funcionario de carrera en excedencia

jpintos@jaimepintos.com | <https://orcid.org/0000-0002-1622-5162>

Roberto Carrodeguas Méndez

Funcionario de Administración local con habilitación de carácter nacional

Especialista en contratos públicos

robertocarrodeguas10@hotmail.com

Introducción

Centramos nuestra atención en el Acuerdo 6/2019, de 5 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra por el que se estima una reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta contra la adjudicación en un acuerdo marco de servicios. El tribunal navarro admite la impugnación extemporánea del pliego por concurrir una cláusula oscura de inadecuada redacción que determina la inexistencia de una base objetiva de ponderación, causando una manifiesta inseguridad jurídica y una disparidad de interpretaciones; lo que produce, en último término, una vulneración del principio de transparencia e igualdad de trato entre los licitadores.

La resolución

Reclamación especial en materia de contratación pública formulada por doña A. J. D., en representación de Distrivisual, SL contra la resolución 19E/2018, de 9 de noviembre, de la directora general del Presupuesto, en el marco del acuerdo marco para la selección de

las empresas que prestarán los servicios de limpieza de los departamentos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y los organismos autónomos adheridos.

El Acuerdo 6/2019, de 5 de febrero, decidió estimar la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por Distrivisual, SL contra la resolución 19E/2018, de 9 de noviembre, de la directora general del Presupuesto, declarando la nulidad de pleno derecho de la cláusula 15.ª apartado 2.º, primer punto, del pliego de cláusulas administrativas particulares, y por ende la imposibilidad de continuar válidamente el procedimiento de adjudicación.

Argumentación del tribunal

La reclamación en materia de contratación interpuesta por una de las empresas licitadoras se plantea al considerar que la entidad contratante no ha aplicado correctamente uno de los criterios de selección de las empresas. En concreto, el previsto en la cláusula 15.ª apartado 2.º del pliego de cláusulas administrativa particulares, habiendo por ello resultado incumplidas las normas de concurrencia y transparencia en la licitación, de acuerdo con los requerimientos del artículo 124.3 c) de la Ley Foral 2/2018, de 3 de abril, de contratos públicos de Navarra.

En este sentido, la cláusula controvertida, referida a un criterio de adjudicación, determina: «Productos de limpieza y métodos respetuosos con el medio ambiente (hasta 20 puntos). Se valorará con 20 puntos la sustitución de todos los productos ecológicos por métodos, técnicas y materiales innovadores y respetuosos con el medio ambiente».

Así, la recurrente sostiene que esta cláusula no resulta clara porque no indica qué puntuación correspondería en el caso de que no se sustituyeran todos los productos ecológicos sino solo algunos, alegando que la sustitución parcial no puede valorarse con cero puntos; todo ello, en la medida en que la cláusula utiliza la expresión «hasta 20 puntos». Y, por ello, defiende la reclamante que la literalidad de la cláusula obliga a otorgar alguna puntuación a dichas sustituciones durante parciales.

Argumenta, en este sentido, que la actuación de la entidad contratante supone una modificación de los criterios de valoración de las ofertas, dado que, de haberse conocido en el momento de presentar ofertas por parte de las licitadoras, a la luz del elevado número de oferentes afectados, habría influido en la preparación y presentación de las mismas.

Es decir, se plantea la disyuntiva de si la expresión «hasta 20 puntos» permite valorar, como así lo ha hecho el órgano de contratación, con la máxima puntuación (20 puntos) a aquellos licitadores que oferten la sustitución de todos los productos, y con cero puntos a aquellos que, o bien no oferten la sustitución de ningún producto, o bien presenten una oferta para sustituir algunos productos, pero no la totalidad de los mismos.

Delimitado el debate en los términos expuestos, anticipamos que el tribunal administrativo de contratos acoge la interpretación de la reclamante al entender que la citada cláusula es nula de pleno derecho. Ciertamente, el tribunal de contratos defiende que existe oscuridad en el criterio de adjudicación cuestionado, porque si bien el pliego indica que se valorará con 20 puntos la sustitución de todos los productos ecológicos, también se recoge que la puntuación será «hasta 20 puntos»; lo que a juicio del órgano revisor conlleva ponderar de alguna manera la sustitución parcial, además de no establecerse categóricamente que la no sustitución de todos los productos deba puntuarse con 0 puntos y no existir un concreto listado de productos sustituibles.

Más aún, el Tribunal pone de manifiesto que uno de los miembros de la mesa de contratación formula una pregunta sobre la forma de valoración de las sustituciones parciales de productos, de lo que se colige que el criterio no es claro. Igualmente, se advierte una disparidad en las diferentes ofertas realizadas, siendo así que 3 de los 14 licitadores ofertan una sustitución parcial de productos, hecho que para el tribunal no tendría sentido si no pensarán que no van a obtener puntuación. Por último, considera que el criterio de adjudicación es especialmente trascendente, pues otorga 20 puntos sobre 100, resultando, en consecuencia, relevante para la selección de las empresas.

Ha de destacarse que, en términos generales, no procede impugnar un pliego una vez adjudicado el contrato, pero, a tenor de la resolución comentada, podemos matizar que la doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión ha ido evolucionando en una senda trazada en gran parte por resoluciones del TJUE, a las que posteriormente nos referiremos, y en consecuencia la impugnación indirecta de los pliegos con ocasión de la adjudicación del contrato, «sí es posible en aquellos supuestos en que las Bases están redactadas en términos tan oscuros o ambiguos que a un licitador bien informado le era imposible conocer con exactitud la forma de aplicarlas, de tal manera que solo con motivo de la adjudicación tuvo cabal conocimiento de las mismas».

En consonancia con los razonamientos referidos y al no haberse concretado esa graduación, admitiendo varias interpretaciones con la consiguiente indefensión para los licitadores, el Tribunal de Contratos Públicos de Navarra concluye que la cláusula descrita vulnera el principio de transparencia e igualdad de trato, sin posibilidad de subsanación, por lo que declara la nulidad de pleno derecho y la imposibilidad de continuar válidamente con el proceso de adjudicación.

Expuesto lo que antecede queda por significar que el Acuerdo 6/2019 del tribunal administrativo de contratos fue impugnado en la vía contencioso-administrativo, resultando anulado por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra en la sentencia núm. 6/2020, de 28 de enero (rec. núm. 60/2019) por no ser conforme a derecho.

A diferencia del criterio mantenido por el tribunal de contratos, la sentencia del TSJ avala la posición defendida por el órgano de contratación, al entender que el pliego ha graduado

la puntuación atendido el cumplimiento parcial del criterio, y cuando no lo ha hecho así, ha sido de manera consciente y voluntaria, sin que ello suponga quiebra alguna del principio de transparencia, pues la cláusula es clara y no exige un especial esfuerzo interpretativo. En este sentido, interpreta la sala que la expresión «hasta x puntos» se utiliza como cláusula de estilo en todo el pliego, pero en este caso no supone, porque no lo exige la regulación del criterio, que se haya pretendido una puntuación del cumplimiento parcial de la condición. De ahí que, no concurriendo la citada causa de nulidad radical, «es forzoso concluir que la reclamación especial debió desestimarse, recordando que la discrepancia era constatable en el momento de la publicación del pliego, habiéndose limitado la mesa de contratación a aplicarla en su tenor literal sin introducir matiz alguno».

Consecuencias para la práctica

1. La regla general es que los pliegos, que son susceptibles de impugnación autónoma, devienen firmes e inatacables por ser consentidos por los licitadores, una vez que no se ha interpuesto en plazo el correspondiente recurso

Como es bien sabido, una reiterada doctrina de los órganos de recursos contractuales (entre otras muchas, resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) 711/2018, de 27 de julio; 219/2016, de 1 de abril; 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; 19/2014, de 17 de enero; 931/2014, de 18 de diciembre), apoyada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, ha manifestado que los pliegos son la ley del contrato que vinculan tanto a la Administración contratante como al oferente que presenta una proposición a una licitación determinada –*pliegos lex contractus*–.

En efecto, abundando en esta afirmación hemos de traer a colación el artículo 139.1 de la LCSP que determina que «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», razón por la cual el artículo 50.1 b) *in fine* de la precitada norma precisa que «con carácter general no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho».

Asimismo, queremos resaltar que el principio de seguridad jurídica conlleva la imposibilidad de la impugnación por el licitador de los pliegos con ocasión o con posterioridad a

la adjudicación del contrato, pues, en caso contrario, se defraudaría la confianza legítima de los competidores convencidos de la regularidad del procedimiento de licitación (en este sentido, resolución del TACP de Madrid 10/2015, de 14 de enero). Sentado lo anterior, no cabrá argumentar en un recurso especial supuestas irregularidades de los pliegos cuando estos no han sido objeto de previa y expresa impugnación (por todas, resolución del TACRC 502/2013, de 14 de noviembre).

En íntima conexión con lo adverbado, debe significarse que esta doctrina, tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, ha sido confirmada por la jurisprudencia del TJUE. Así, la Sentencia del TJUE (Sala Quinta) de 12 de marzo de 2015, eVigilo Ltd., dictada en el asunto C-538/13, razona su apartado 51 que para garantizar la seguridad jurídica y el efecto útil de la Directiva 89/665, de recursos en materia de contratos públicos, se considera necesario la existencia de plazos de interposición preclusivos que impidan que los interesados puedan entorpecer o dilatar indebidamente los procedimientos de adjudicación alegando en cualquier momento vicios de legalidad de actuaciones.

2. La regla general de la prohibición de impugnación indirecta de los pliegos admite excepciones, que deben apreciarse de forma excepcional y restrictiva

Tradicionalmente, con fundamento en los argumentos anteriormente expuestos, tanto los órganos administrativos de recursos contractuales como los judiciales habían venido inadmitiendo la impugnación indirecta de los pliegos con ocasión del acto de adjudicación o exclusión por considerarla extemporánea, al entender que el recurrente no puede impugnar unos pliegos que aceptó incondicionalmente al presentar su oferta.

No obstante, se aprecia un cambio de doctrina a raíz de la precitada sentencia eVigilio (en especial, los apartados 27 y 48 a 58), al matizar el TJUE el derecho de acceso al recurso relativo a la legalidad de la licitación cuando «un licitador razonablemente informado y normalmente diligente que no pudo comprender las condiciones de la licitación hasta el momento en que el poder adjudicador, tras haber evaluado las ofertas, informó exhaustivamente sobre los motivos de su decisión». Por ello, si del citado examen resulta que las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el licitador, estará legitimado para interponer un recurso hasta que finalice el plazo previsto para recurrir contra la decisión de adjudicación del contrato.

A este respecto, conviene precisar que esta posibilidad de impugnación extemporánea de los pliegos se ha visto limitada a los casos en los que la aplicación de una cláusula afectada de un vicio de nulidad de pleno derecho permitía al órgano de contratación adjudicar el contrato o excluir a un licitador de modo «arbitrario» (entre otras, pueden verse la resolución del TARC de la Junta de Andalucía 292/2015, de 31 de julio y la resolución OAR/KEAO 129/2015, de 20 de noviembre).

Por otra parte, el TACRC ha mantenido que los vicios de nulidad deben ser objeto de una interpretación restrictiva, por su reconocido carácter excepcional (por todas, resoluciones 502/2013, de 14 de noviembre y 931/2014, de 18 de diciembre). Al respecto, puede afirmarse que, dentro de la teoría de la invalidez de los actos, la nulidad radical es la excepción y la anulabilidad la regla general (Dictamen del Consejo de Estado 6/1997, de 17 de abril).

Adicionalmente, el TACRC, a partir de su resolución 49/2017, de 20 de enero, ha exigido la concurrencia no solo de circunstancias objetivas, sino también subjetivas. Y en este sentido, ha llegado a afirmar, sobre la base del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (*venire contra factum proprium non valet*), que aun concurriendo el vicio de nulidad, no será posible la impugnación indirecta de pliegos si esta se hace 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 (Resolución TACRC 640/2018, de 6 de julio).

Así pues, y recapitulando, la doctrina legal y la jurisprudencia viene admitiendo excepcionalmente el recurso indirecto contra los pliegos rectores de la licitación, consentidos por no haberse impugnado directamente. Si bien, como aclara la reciente STS 398/2021, de 22 de marzo, deben probarse o las circunstancias a las que se refiere la jurisprudencia del TJUE o que incurran en motivos de nulidad de pleno derecho, motivos que se apreciarán de forma excepcional y restrictiva (STS 1615/2018, de 14 de noviembre). A nuestro parecer, el análisis efectuado en este comentario nos lleva a concluir que, por razones de seguridad jurídica, no será tarea fácil que prospere el recurso especial interpuesto por el licitador cuando cuestione extemporáneamente la validez de los pliegos firmes y consentidos.

3. Alguna *rara avis* que no encuentra cabida

La resolución 0315/2021, de 31 de marzo del TACRC (rec. núm. 4/2021) viene a penalizar, en aras de la seguridad jurídica y buena fe así como de la vinculación a los actos propios, lo que considera una poco razonable diligencia en el examen de la documentación incorporada al expediente de contratación por parte de la recurrente, aun cuando las cláusulas impugnadas incurran en vicio de nulidad de pleno derecho y posibiliten una actuación arbitraria por parte del poder adjudicador.

Así pues, esta resolución considera que en este aspecto debe primar la consideración de los pliegos como *lex contractus* y que, por tanto, una vez presentada oferta conforme a los mismos ya no se pueden impugnar, estando prohibido ir contra los actos propios de acuerdo con los principios de buena fe y seguridad jurídica (insistimos, *aun cuando las cláusulas impugnadas incurran en vicio de nulidad de pleno derecho y posibiliten una actuación arbitraria por parte del poder adjudicador*, lo cual llega a parecer inaudito).

Porque podría peligrar la seguridad jurídica en las licitaciones, pues se da pie a la imposibilidad por parte del licitador de impugnar cláusulas claramente nulas de pleno derecho,

con base en la mera presunción de que actúa con escasa diligencia razonable, sin entrar a juzgar la actuación del órgano de contratación y presumiendo válidos sus actos, sin permitir por tanto prueba *iuris tantum* ni posibilidad de poner en entredicho la actuación del órgano de contratación.

Porque, a mayor abundamiento, procedería traer a colación en estos casos el posiblemente vulnerado *principio de seguridad jurídica* y recordar, en último término, el alcance del principio de confianza legítima y seguridad jurídica, según se expuso en la STS de 21 de febrero de 2006 y la sentencia de 15 de diciembre de 2007 (citadas por la anterior):

El principio de buena fe o confianza legítima, principio que tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14-5-1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), y que constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22-3-1961 y 13-7-1965 (asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo desde 1990 y también por nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, art. 3.1.2). Así, la STS de 10-5-99 Az 3979, recuerda «la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, *el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla*, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento.