



Roj: **STSJ PV 2727/2017 - ECLI: ES:TSJPV:2017:2727**

Id Cendoj: **48020330012017100364**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **26/07/2017**

Nº de Recurso: **443/2016**

Nº de Resolución: **330/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 443/2016 Y SU ACUMULADO Nº 617/2016

SEGUIDOS POR PROCEDIMIENTO ORDINARIO

SENTENCIA NUMERO 330/2017

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS ANGEL GARRIDO BENGOCHEA

MAGISTRADOS:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

Dña. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a veintiséis de julio de dos mil diecisiete.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en los recursos acumulados registrados con los números 443/2016 y 617/2016, y seguidos por el procedimiento ORDINARIO, en los que se impugna la Resolución nº 75/2016, de 22 de Junio del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, -OARC-KEAO-, que, estimó parcialmente el recurso especial interpuesto por la UTE formada por las mercantiles *Asaser, S.A* y *Garbaldi, S.A*, promovido frente a la adjudicación del contrato del "servicio de limpieza viaria y de recogida y transporte de residuos urbanos de Errenteria", ordenando la cancelación de la licitación.

Son partes en dichos recursos:

- **DEMANDANTES** : AYUNTAMIENTO DE ERRETERIA y SERBITZU ELKARTEA S.L., representados por Dña. MARIA MONTSERRAT COLINA MARTINEZ y Dña. AMAYA LAURA MARTINEZ SANCHEZ y dirigidos por los letrados D. TOMAS MARTIN AZPILLAGA y D. JAVIER LUSARRETA ARAMENDIA.

- **DEMANDADA** : ANSAREO SANEAMIENTOS Y SERVICIOS SA -ASASER SA-, representado por D. LUIS PABLO LOPEZ-ABADIA RODRIGO y dirigido por la letrada Dña. AMAIA BADIOLA ELEJALDE.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 21 de julio de 2016 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Dª. MARIA MONTSERRAT COLINA MARTINEZ actuando en nombre y representación de AYUNTAMIENTO DE ERRETERIA, interpuso



recurso contencioso-administrativo contra la Resolución nº 75/2016, de 22 de Junio del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, -OARC-KEAO-, que, estimó parcialmente el recurso especial interpuesto por la UTE formada por las mercantiles *Asaser, S.A* y *Garbaldi, S.A*, promovido frente a la adjudicación del contrato del "servicio de limpieza viaria y de recogida y transporte de residuos urbanos de Errenteria", ordenando la cancelación de la licitación; quedando registrado dicho recurso con el número 443/2016.

Por resolución de fecha 21/12/2016 se acordó la acumulación a este recurso del que se seguía ante esta misma Sala con el número 617/2016, en el que por la mercantil SERBITZU ELKARTEA, S.L se impugnaba la misma Resolución nº 75/2016 de 22-06-2016 del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, - OARC-KEAO, interpuesto por la UTE *Asaser S.A* y *Garbaldi, S.A*, contra la referida adjudicación.

SEGUNDO.- En los escritos de demanda, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se estimaran las pretensiones de las actoras.

TERCERO .- En el escrito de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimaran los pedimentos de las demandantes.

CUARTO.- Por Decreto de 5 de abril de 2017 se fijó como cuantía del presente recurso la de 19.007.505,18 euros.

SEXTO .- En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

SÉPTIMO.- Por resolución de fecha 07/07/2017 se señaló el pasado día 13 de julio de 2017 para la votación y fallo del presente recurso.

OCTAVO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna por medio de los presentes procesos contencioso-administrativos acumulados la Resolución nº 75/2016, de 22 de Junio del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, -OARC-KEAO-, que, estimó parcialmente el recurso especial interpuesto por la UTE formada por las mercantiles *Asaser, S.A* y *Garbaldi, S.A*, promovido frente a la adjudicación del contrato del "servicio de limpieza viaria y de recogida y transporte de residuos urbanos de Errenteria", **ordenando la cancelación de la licitación.**

1.- En el nº 443/2016, el Ayuntamiento recurrente combate dicho pronunciamiento en escrito de demanda de los folios 49 a 61 de las presentes actuaciones, cuyos ahora sintetizados planteamientos parten de unos antecedentes que se refieren a la mencionada adjudicación, producida el 26 de abril de 2016 en favor de la firma *Serbitzu Elkartea, S.L*, por importe de 3.167.917,53 € para la primera anualidad (sobre 6 prorrogables por otros 2), que fue recurrida en esa vía especial por la referida UTE, y son los que siguen:

-Disconformidad a derecho de la Resolución del OARC por haber lugar a la inadmisibilidad del referido recurso, que no era susceptible del mismo al venir calificado por el PCEA como de "gestión de servicios públicos" y no haber la recalificación contractual a que la referida Resolución procede para incardinarlo en el ámbito del contrato de servicios del artículo 10 del TRLCSP, lo que en todo caso se rechaza, al considerarse los servicios contratados de competencia municipal por la legislación de bases de régimen local y la LCAE 2/2016, de 7 de Abril, y haber diversas modalidades, como la de concesión de servicios públicos, -artículo 8º del TR-, sin que el OARC pueda modificar esa calificación.

-Disconformidad a derecho por ser procedente la inclusión de mejoras como criterio de adjudicación del contrato, a las que el OARC achaca la falta de las precisiones exigidas por el artículo 147 TRLCSP anulando la cláusula 16.3 del PCEA y 15, nº 3 del PCT, dejando sin efecto la licitación, lo que la parte recurrente pone en cuestión en los folios 53 y 54.

-Disconformidad a derecho de la Resolución recurrida por incurrir en incongruencia del artículo 47.2 TR en sus dos modalidades de *ultrapetita* y *omisiva*, para lo cual se examina el contenido del recurso formulado por la UTE, deduciendo de él que en medida alguna se recurrieron los pliegos, fuera de manera explícita o implícita, no obstante lo cual el OARC, pese a solicitarse exclusivamente la anulación de la adjudicación, va más lejos, dejando sin efecto la licitación, aduciendo que así hacerlo supondría una mejora para la parte recurrente, y tomando como base el artículo 62.1 de la LRJ-PAC 30/1992, habida cuenta la nulidad radical de determinadas cláusulas por lesionar el principio constitucional de igualdad del artículo 14 CE, lo que refuta el municipio



recurrente con extensa cita de diversas Sentencias de este orden. En la faceta omisiva de la incongruencia se destacan los puntos no decididos por el órgano de Recursos Contractuales.

Se proclama finalmente la pena conformidad a derecho del acuerdo de adjudicación municipal con remisión a los informes evacuados por los técnicos en dicho procedimiento.

2.- La parte recurrente en el acumulado R.C- A nº 617/2016, que es la propia sociedad mercantil adjudicataria inicial denominada " *Serbitzu Elkartea, S.L.*", fundamenta sus pretensiones en escrito de demanda incorporado a los folios 149 a 167, compartiendo en su Fundamento Segundo el motivo de ataque contra la Resolución nº 75/2016 centrado en la incongruencia *extra petita* derivada de anularse unas cláusulas de los pliegos no recurridos por nadie, firmes y consentidos, lo que se argumenta primero y luego se corrobora igualmente con la cita extensa de varias Sentencias de esta misma Sala y Sección.

Sin embargo, se sostiene con anterioridad que el Recurso Especial parcialmente estimado a la UTE fue interpuesto por ésta de forma extemporánea, ya que se presentó en un registro distinto que el específico del OARC (físico y telemático) cual fue el de la Administración general de la CAPV ("*Zuzenean*"), y aunque se hizo el día 16 de mayo de 2016 en que el plazo expiraba, se tendría por interpuesto el día 17, ya fuera del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP.

3.- La sociedad ASASER S.A. (integrante de dicha UTE), se oponía a ambos recursos acumulados, -f. 202 a 249-, con argumentos que se irán precisando y glosando al filo del examen de cada planteamiento impugnatorio.

SEGUNDO.- La primera cuestión a abordar, por el orden y la trascendencia de sus consecuencias procedimentales excluyentes de la acción emprendida por la UTE recurrente, sería la de la *extemporaneidad* del mismo en la vía especial de que este proceso trae origen.

El error en la opción sobre el registro utilizado para la presentación del mismo, que, de darse, determinaría en el caso esa consecuencia de extemporaneidad que las partes no discuten en base al artículo 44.3, supone una decantación clara acerca de que el registro denominado *Zuzenean* de carácter general para los órganos de la Administración de la CAPV no pueda tenerse por equivalente al registro del órgano competente para resolverlo, -el OARC-KEAO-, independientemente de que éste cuente con un registro propio o "*específico*" según la dicción de la mercantil recurrente.

La UTE demandada rechaza esa perspectiva, ahondando en que no ha existido resolución ni precedente en contrario, (al margen de que ese tratamiento se haya dispensado a los escritos que se remiten por correo o a través de registros de otras Administraciones por el propio OARC en anteriores ocasiones), y en que el registro *Zuzenean* tiene naturaleza universal y *multicanal* y es válido respecto de cualquier órgano administrativo situado en Lakua.

Desde el punto de vista de la Sala, no faltan razones orgánicas e institucionales para asumir la perspectiva de la recurrente *Zerbitzu Elkartea S.L.*, porque todo indica que ese registro general, y sus auxiliares territoriales, está exclusivamente destinado a órganos de la Administración General de la CAPV, excluyendo a la Administración institucional, (expresamente, a los Organismos Autónomos) que cuentan con su propio registro, y en el caso del OARC-KEAO, por su naturaleza y el estatuto especial atribuido por la Ley 5/2010, no cabría predicar esa condición de órgano de Administración General, sino al contrario, se sitúe donde se sitúe su sede.

A tal efecto, las partes han hecho mención al Decreto 72/2008, de 29 de abril, que crea y organiza dichos registros en la CAE cuyo artículo 5º indica textualmente que;

1.- *Existirá un registro general central para los **órganos administrativos ubicados** en la sede central de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi **en Lakua (Vitoria-Gasteiz).***

2.- *Los órganos administrativos ubicados en los **edificios del Gobierno Vasco en los Territorios Históricos de Álava, Gipuzkoa y Bizkaia** que se explicitan en el anexo I de la presente norma, dispondrán, en cada uno de dichos edificios, de **un registro auxiliar del registro general central.***

3.- *El resto de los órganos administrativos de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, relacionados en el anexo II, dispondrán del correspondiente registro general.*

4.- ***Cada Organismo Autónomo dispondrá de un registro general y de los registros auxiliares que se expresan en el anexo III de esta norma.***

Los Anexos II y III permitirían tanto confirmar que la localización es la sede de gobierno de Lakua no es determinante (pues existen Organismos Autónomos en ella localizados que cuentan con su propio registro), como que el aspecto relevante es la integración en la Administración General.



De todo ello se deriva como solución más plausible que es el registro propio del OARC el que debe entenderse concernido por la dicción del artículo 44.3 del TRLCSP.

Ahora bien, dicho esto, se va a compartir igualmente que, para el supuesto enjuiciado, y habida cuenta de la ambigüedad y falta de claridad normativa sobre el encuadramiento de ese registro, -no mencionado por el referido Decreto-, y ante el drástico efecto de la inadmisión del recurso especial que se propugna por el hecho de haberse empleado ese registro general, la medida puede resultar desproporcionada y ajena a las pautas de tutela judicial efectiva basadas en la interpretación más restrictiva de las disposiciones y reglas sobre acceso a la jurisdicción o a sus vías conducentes.

En definitiva, no se considera merecedor de prosperidad dicho motivo procesal obstativo al examen de fondo del presente asunto.

TERCERO.- Respecto de la causa de inadmisibilidad del recurso especial que denuncia el Ayuntamiento de Errenteria en base a haberse recalificado el contrato como de "servicios" por parte del OARC, se cuestiona tanto esa facultad como la índole misma del contrato dispuesto por los pliegos, -gestión de servicios públicos en modalidad de concesión-, que no había sido objeto de impugnación por los licitadores.

El OARC-KEAO argumentaba en su Resolución que los *contratos de servicios* sujetos a regulación armonizada están sujetos a dicho recurso especial, y, en suma, que también lo estaría la adjudicación del contrato de concesión en base a la nueva Directiva 2014/23/UE, de efecto directo por no haber sido todavía traspuesta a la legislación española.

La UTE demandada aduce en su contestación que siempre ha de estarse a la verdadera naturaleza de los contratos conforme a la normativa en vigor, y en este caso se trata de un verdadero contrato de servicios de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia dominantes, en tanto que el contratista no asume el riesgo de la explotación, con amplia exposición sobre la evolución seguida en esa materia. -F. 208 y siguientes-. Por último, destaca que también el contrato de gestión de servicios públicos está sujeto al recurso especial si los gastos de primer establecimiento superan los 500.000 €. -Artículo 40.1.c) TRLCSP-.

Esta misma Sala ya se ha referido en algunas ocasiones a la posibilidad de que el referido órgano examine la calificación del contrato atribuida por el poder adjudicador cuando es puesta en cuestión su propia competencia.

Así, en la Sentencia de 20 de julio de 2015 (ROJ: STSJ PV 2401/2015) en el R.C-A nº 518/2.014, se decía al respecto que;

"¿ se aprecia inmediatamente que el proceso cuenta con una dimensión esencialmente procedimental, y toda la problemática que el Ayuntamiento de Getxo plantea en esta vía con respecto a la admisibilidad del Recurso Especial que interpuso "¿ S.A" y que dio al traste con el procedimiento de licitación, se centra en la calificación del contrato sacado a licitación, tanto en lo relativo a la misma competencia del OARC como en lo relativo a si se interpuso o no fuera de plazo.

En torno a la competencia de dicho órgano, -siempre improrrogable a la vez que irrenunciable-, no es necesario abundar en que el artículo 40.1 b) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público faculta al mismo para conocer estrictamente de los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de dicha disposición cuyo valor estimado sea superior a 200.000 €. De tratarse, como la Administración municipal recurrente defiende, de un contrato administrativo especial de los mencionados en el artículo 19.1.b) TR, la vía impugnatoria emprendida por (¿.), S.A (distinta que la ofrecida por el pie de la resolución impugnada) no resultaría idónea y estaría llamada a su decaimiento.

(¿..) De todo este encadenamiento de pronunciamientos procedimentales interlocutorios lo primero que va a destacar esta Sala es que no cabe compartir el enfoque del municipio recurrente en torno al primero de esos puntos, entendiendo que el OARC, por el hecho de admitir el recurso, esté revisando y dejando sin efecto la cláusula primera del PCAP y los propios pliegos que concebían el contrato como de naturaleza administrativa especial, fuera ya de toda posibilidad de impugnarlos.

Antes bien, lo que debe apreciarse es que, -más allá de toda iniciativa de oficio que altere las pretensiones ejercitadas, como luego se abundará-, cualquier órgano de justicia administrativa y, en todo caso, aquellos a los que se asignan cometidos revisores especiales delegados con estatuto de autoridad independiente, puede y debe fijar su propia competencia al margen de nominalismos utilizados por las actuaciones recurridas y atenerse a la verdadera índole y objeto de la pretensión sin quedar vinculado por la actuación de los propios poderes y organismos sujetos a control y fiscalización, que pudiera vaciar de contenido el régimen de impugnación. Así lo ha hecho en este caso el referido OARC- KEAO, (luego se examinará si con acierto) al fin básico y primordial de fijar y definir la competencia que se afirmaba por la sociedad mercantil impugnante



y de decidir sobre la viabilidad del objeto pretendido, sin que esa instrumental apreciación implique alcance inicial anulatorio de cláusula alguna."

Y más allá de protestar esa admisión del Recurso Especial, el alegato de la Administración municipal recurrente no hace verdadera crítica de los criterios que la Resolución 75/2016, de 22 de Junio, desarrolla con amplitud para asentar la calificación que en base al artículo 10 del TRCLSP acoge, y de su plena revisabilidad, limitándose a reproducir el artículo 8º del mismo y las condiciones precisas en la legislación de régimen local para que tal tipo de concesiones exista, sin llegar a introducir un factor diferencial favorable respecto del contrato de "servicios", en torno a figuras muy controvertidas, pero en las que ya se destacan en el caso, elementos tales como la fijación de un precio anual como contraprestación municipal de la actividad ("*locatio conductio operarum*") por parte de la firma adjudicataria, y en medida alguna el establecimiento de una modalidad de gestión indirecta a riesgo y ventura, por parte de los intervinientes.

Decae por ello también este óbice a la admisión del Recurso Especial cuya decisión se combate en este proceso.

CUARTO.- Para examinar de manera conjunta los motivos impugnatorios compartidos por ambos recursos acumulados, que ponen el acento en la incongruencia *extra o ultra petita partium* en que la Resolución incurriría, y ya que se han citado extensamente algunas Sentencias de esta misma Sala que inciden sobre ese mismo problema o cuestión, a fin de no redundar en ellas, vamos a diversificar el enfoque tomando pautas y criterios de otros órganos jurisdiccionales de este mismo orden que se han pronunciado de manera reciente sobre trasfondo equiparable al que en este proceso se pone de manifiesto, con subrayados y negritas que son de esta Sala y no de origen.

-Así, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, Sección 4ª de 3 de mayo de 2017 (ROJ: SAN 1748/2017) en el Recurso nº 394/2015, señala en su F.J. Quinto;

"El artículo 47.2º TRLCP dispone que, "*La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimarás las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición y, de ser procedente, se pronunciará sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones*"

Pues bien, en este caso, el TACRC *ha estimado el recurso en base a una cuestión que no le fue planteada por la parte recurrente, cuál es la nulidad de la Cláusula 3.6 del PCP.*

Como hemos razonado en SAN, 4ª de 9 de marzo de 2016 (rec. 503/2014) "Con carácter general, conforme a reiterada jurisprudencia, tal y como nos recuerda la STS de 26 de noviembre de 2012 (casación 2322/2011, FJ 9º), que a su vez recuerda lo dicho por las de 19 de julio de 2000 (recurso 4324/94), 17 de octubre de 2000 (recurso 3171/95), 24 de junio de 2004 (recurso 8816/99), 4 de abril de 2007 (recurso 923/04) y 27 de mayo de 2009 (recurso 4580/06), «[e]l pliego de condiciones es, en buena medida, que vincula a las partes del mismo [...]».

Por ello, no es posible impugnar los anuncios o los pliegos de cláusulas con ocasión de posteriores actos, ya que se presume la aceptación de los mismos por quienes participan en el procedimiento de adjudicación, sin que nadie pueda ir contra sus propios actos. En este sentido, la STS de 9 de febrero de 2001 (casación 1090/1995 FJ 2º), recordando lo dicho por las anteriores de 18 de abril de 1986, 3 de abril de 1990 y 12 de mayo de 1992 (por más identificación) dice que «[e]l pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes 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*" [...]». Así lo hemos reiterado en SsAN de 25 de marzo de 2015 (recursos 193/2013 y 180/2013, FFJJ 3º).

Esta doctrina obliga a quien sostiene la ilegalidad del anuncio en la licitación o en las cláusulas de los pliegos, como ocurre en el presente recurso, a impugnarlas con carácter previo. No puede, si da por bueno el anuncio o los pliegos que no han combatido, a cuestionar su contenido con ocasión de la exclusión en la licitación o en la adjudicación, que se produjo o tuvo lugar conforme a la «ley del contrato».

En este caso, la parte recurrente no impugnó la Cláusula 3.6 del Pliego ni siquiera con ocasión de la impugnación del acuerdo de exclusión, por lo que dicha Cláusula es firme y consentida. Ello implica que



las partes quedan vinculadas por ella, *sin que el TACRC en el ámbito del recurso especial en materia de contratación, en el que no se pone en duda la validez de los pliegos, sino un acto de exclusión adoptado conforme a lo dispuesto en los mismos, puede analizar de oficio la validez de tales Pliegos.*

La única excepción podría ser, como afirma la Abogacía del Estado, aquellos supuestos de nulidad de pleno derecho. Pero en ese caso, aun cuando, como considera el TACRC, dicha cláusula introdujera un trámite no previsto expresamente en el TRLCSP, no tendría encuadre en ninguna de las causas de nulidad de pleno derecho contempladas en el artículo 32. Sería, en todo caso, una causa de anulabilidad a que se refiere el artículo 33 *"Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y, en especial, las de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre "*, que como tal ha de ser invocada por las partes, sin que el TACRC pueda analizar aquellas que no le han sido planteadas, so pena de incurrir en incongruencia **"extra petita"**. Y es que, en este caso, la parte recurrente no solicitó que se declarara nula, ni siquiera que fuera anulable la Cláusula 3.6 del Pliego, sino exclusivamente el acto de exclusión adoptado en base a lo dispuesto en la misma.

Por tanto, procede anular la resolución del TACRC en cuanto declara nula la Cláusula 3.6 del Pliego de cláusulas administrativas particulares, cuando la parte recurrente no formuló pretensión alguna en tal sentido, pues se debería haber limitado a examinar los motivos de impugnación esgrimidos frente al acuerdo de exclusión".

-Si esa es la línea en relación con el examen de oficio de tales cuestiones, tampoco puede dejarse de incidir testimonialmente sobre el alcance que, aun a instancia de parte, podría darse a la impugnación de las cláusulas o pliegos con ocasión de combatir la adjudicación del contrato, pues ambas facetas convergen sobre el supuesto de este litigio

Sobre ello se posiciona igualmente la STSJ, C-A Sección 1, de Andalucía, de 16 de mayo de 2.017 (ROJ: STSJ AND 3701/2017) en Recurso: nº 5/2012, al decir que;

"El criterio discutido estaba incluido en la base 15 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, publicado el día 16 de marzo de 2007, que no fue recurrido por la demandante. Únicamente se combate dicho criterio una vez que la actora no ha resultado adjudicataria.

La doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión ha ido evolucionando en una senda trazada en gran parte por resoluciones del TJUE y de los diferentes Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales. Así, en un primer momento se partió del rechazo a la impugnación de los Pliegos por quienes, habiéndolos aceptado, los recurren tras no haber resultado adjudicatarios.

Como indica la STS Sala 3ª de 28 septiembre 2004, *« razones derivadas de la doctrina de los actos propios, del criterio de aceptación de las cláusulas cuando se verifica la presentación de proposiciones, y de razones de seguridad jurídica, impiden que, si no se ha impugnado la convocatoria de un concurso ni sus bases, se impugne después el resultado de éste cuando le es desfavorable, según una reiterada doctrina jurisprudencial como la que se recoge tanto en el motivo del recurso, como en la sentencia recurrida a (...)»*

La STS Sala 3ª de 26 diciembre 2007 profundiza en esta línea, (¿.)

Con posterioridad, se ha aceptado la impugnación del Pliego tras la adjudicación del contrato en aquellos supuestos en que las Bases estaban 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 sólo con motivo de la adjudicación tuvo cabal conocimiento de las mismas.

Así, la sentencia del Tribunal de Justicia (UE) Sala 5ª de 12 marzo 2015 razona lo siguiente *«57. Si del citado examen resulta que las condiciones de la licitación eran efectivamente incomprensibles para el licitador y que se vio en la imposibilidad de interponer un recurso en el plazo previsto por el Derecho nacional, el licitador estará legitimado para interponer un recurso hasta que finalice el plazo previsto para recurrir contra la decisión de adjudicación del contrato.*

58. En consecuencia, procede responder a la primera cuestión prejudicial, letra c), que el artículo 1, apartado 1, párrafo tercero, de la Directiva 89/665 y los artículos 2, 44, apartado 1, y 53, apartado 1, letra a), de la Directiva 2004/18 deben interpretarse en el sentido de que exigen que un derecho de recurso relativo a la legalidad de la licitación sea accesible, tras el vencimiento del plazo previsto por el Derecho nacional, a 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. Tal recurso podrá interponerse hasta que finalice el plazo de recurso contra la decisión de adjudicación del contrato»



Más recientemente, diversas resoluciones han ampliado esta posibilidad ante la concurrencia acumulativa de tres requisitos: a.- Cuando exista una causa de nulidad radical. b.- Congruencia con la pretensión. c.- Que la estipulación nula permita una actuación arbitraria del poder adjudicador.

Así, la Resolución 359/2015, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, indica lo siguiente *«al respecto, es necesario poner de manifiesto que, conforme a reiteradísima jurisprudencia y como ya hemos manifestado en distintas resoluciones, entre las más recientes la 77/2015, de 24 de febrero, alegada por una de las entidades interesadas, y la 120/2015, de 25 de marzo, los pliegos son la ley del contrato entre las partes y la presentación de proposiciones implica su aceptación incondicionada por los licitadores, por lo que, en virtud del principio de "pacta sunt servanda", y teniendo en cuenta que la recurrente no impugnó los pliegos en su día, necesariamente ha de estarse ahora al contenido de los mismos, que son ley entre las partes. De modo que la recurrente no puede impugnar con motivo de su exclusión el contenido de unos pliegos que aceptó incondicionalmente al presentar su oferta .*

No obstante, esta regla general admite una serie de excepciones, que han de concurrir **de forma acumulativa** , como ha tenido ocasión de poner de manifiesto este Tribunal, entre otras, en las recientes resoluciones 290/2015, de 31 de julio, 310/2015, de 3 de septiembre, 333/2015, de 7 de octubre y 342/2015, de 14 de octubre. Aquéllas son:

1. Que en la estipulación del pliego concurra un vicio de legalidad que conlleve su nulidad de pleno derecho.
2. Que la declaración de nulidad sea congruente con la pretensión, como exige el artículo 47.2 TRLCSP; esta congruencia se satisface, desde luego, si en el recurso se solicita expresamente -de modo principal o subsidiario- la nulidad de la estipulación.

También habría congruencia si solo se pide la retroacción de actuaciones o la adjudicación a la recurrente o la admisión de ésta sosteniendo una interpretación de la cláusula arbitraria alternativa a la mantenida por el órgano de contratación.

3. Que se trate de una estipulación que posibilite, incluso hipotéticamente, una actuación arbitraria -no solo ilegal- del poder adjudicador a lo largo del procedimiento, de modo que no sea suficiente para garantizar la legalidad de dicho procedimiento la simple anulación del acto impugnado y la retroacción de actuaciones, pues a la hora de dictar el acto que sustituya al anulado, el órgano de contratación sería igualmente libre para perpetrar otra arbitrariedad, pues precisamente el vicio de la estipulación controvertida radica en que concede al órgano de contratación una libertad ilimitada en el procedimiento de adjudicación.

En este sentido, la Sentencia 4559/2012, de 5 de noviembre de 2012, de la Audiencia Nacional anula una Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) porque aprecia incongruencia entre la petición de la recurrente (la admisión de la oferta por entender acreditada la clasificación requerida) y la decisión adoptada por el Tribunal de recursos (la anulación de dos cláusulas del pliego por ambigüedad y la retroacción del procedimiento al momento anterior a la redacción de los pliegos). Pero dicha sentencia tiene un voto particular en el que estima que tal incongruencia no existe porque el TACRC determinó que, mientras la ambigüedad de las cláusulas anuladas no desapareciera, no era posible resolver sobre la pretensión de admisión de la oferta; de ahí que se articulara una estimación parcial, consistente en resolver la oscuridad de los pliegos para después resolver sobre la admisión.

En este mismo sentido se pronuncia la reciente Sentencia del TJUE de 12 de marzo de 2015 , asunto C-538/13 Evigilo, apartados 52 a 58, en la que se declara que la efectiva aplicación de las Directivas de contratos y de recursos exige que 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, le informó de los motivos de su decisión, pueda interponer un recurso sobre la legalidad de la licitación hasta que finalice el plazo de recurso contra el acto de adjudicación. Por tanto, ha de admitirse, con ocasión del recurso contra la adjudicación, las pretensiones de anulación de los anuncios y los pliegos de condiciones, siempre que se den las condiciones expuestas, aun cuando no fueran impugnados en tiempo y forma y la recurrente haya presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente»

En una línea argumentativa parecida, la Res. Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 477/2016 de 16 junio 2016 indica que *« 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)" Ello no obstante, no es menos cierto que este Tribunal tiene admitido, en ocasiones, que determinadas irregularidades afectantes a los requisitos de solvencia del contrato pueden reputarse generadoras de nulidad de pleno derecho»

Sin embargo, el motivo alegado no tiene encaje en ninguna de las causas descritas en el art. 62.1 de la ley 30/92, o en el art. 32 de la ley 30/2007, ni afecta a los requisitos de solvencia del contrato, por lo que no es sostenible que se trate de una causa de nulidad radical. De esta manera, con independencia del análisis sobre si el criterio controvertido es o no ajustado a derecho, la falta de impugnación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, en cuanto ley del concurso, implicó la íntegra aceptación de sus cláusulas por los licitadores. No es ajustado al principio de buena fe y a la doctrina de los actos propios recurrir la adjudicación sobre la base de la supuesta nulidad de unos Pliegos que, años antes, habían sido plenamente aceptados y consentidos por el recurrente y, en consecuencia, se hallaba vinculado al tenor de los mismos. La actora aspiraba a la adjudicación y nada objetó en su momento sobre la validez de las bases que ahora combate. Y, como hemos expuesto, no concurren ninguna de las excepciones a la norma general de inimpugnabilidad de los Pliegos con ocasión del recurso contra la adjudicación del concurso".

-La traslación de estos criterios al caso ahora enjuiciado, debe llevar a la misma conclusión de apreciar la denunciada incongruencia.

En tal sentido, la representación de la UTE demandada formula una extensísima defensa de la posición adoptada por el OARC, -f. 221 a 246-, que transcribiendo todo el texto de la resolución que era atinente a ella, así como el tenor de las cláusulas invalidadas, pone el acento en una afirmada nulidad de pleno derecho de las mismas, con lo cual convierte en cuestión a dirimir todo aquello que las partes contrarias entienden que no podía ser objeto de revisión en el marco del Recurso Especial nº 2.016/062, y que, de principio, dicha parte demandada nunca impugnó en el seno del mismo, haciendo depender la suerte de su acogimiento de una pretendida apreciabilidad de oficio de causas de nulidad de pleno derecho radicadas en el principio de igualdad y en el artículo 62.1.a) LRJ-PAC, lo que además de no quedar suficientemente razonado ni en la Resolución ni en el alegato de la UTE, ya hemos visto que, en modo alguno es acogible al margen de la congruencia, con lo que la Sala ha de prescindir forzosamente de la muy impropia empresa de revisar a su vez las cláusulas y pliegos que, novedosamente, y en contra de sus propias pretensiones de la instancia, la parte demandada tiene ahora por contrarias a derecho y merecedoras de dicha sanción radical, en sustento de la Resolución recurrida que le ha sido favorable.

QUINTO.- Procediendo la estimación de los recursos acumulados y la anulación del acto resolutorio recurrido, resulta preceptiva la imposición de costas a la parte que ha ejercitado sin éxito la oposición procesal. - Artículo 139.1 LJCA -.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, la Sala (Sección Primera) dicta el siguiente,

FALLO

ESTIMAR LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS ACUMULADOS Nº 443/2.016 Y 617/2.018, RESPECTIVAMENTE INTERPUESTOS POR LAS PROCURADORAS DE LOS TRIBUNALES DOÑA MARIA MONTSERRAT COLINA MARTINEZ Y DOÑA AMAYA LAURA MARTINEZ SANCHEZ, EN REPRESENTACIÓN DEL AYUNTAMIENTO DE ERRETERIA Y DE LA MERCANTIL "SERBITZU ELKARTEA, S.L", CONTRA LA RESOLUCIÓN Nº 75/2016, DE 22 DE JUNIO, DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTACTUALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EUSKADI, -OARC-KEAO-, QUE ESTIMABA PARCIALMENTE RECURSO ESPECIAL Nº 2016/062 PROMOVIDO POR LA UNION TEMPORAL DE EMPRESAS "ASASER, S.A" Y "GARBIALDI, S.A", Y QUE, ANULANDO LOS APARTADOS 16º.3 DEL PCEA Y 15, CRITERIO Nº 3, DEL PCT, QUE HABIAN REGIDO LA ADJUDICACIÓN DEL CONTRATO DE LIMPEZA VIARIA Y RECOGIDA DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS DE DICHO MUNICIPIO, ORDENABA CANCELAR DICHA LICITACIÓN, Y DECLARAMOS DISCONFORME A DERECHO Y ANULAMOS DICHA RESOLUCIÓN, CON IMPOSICIÓN DE COSTAS A LA PARTE DEMANDADA.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** (artículo 89.1 LJCA), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo



89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016, asumidos por el Acuerdo de 3 de junio de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 0443 16, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito (DA 15ª LOPJ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio completo a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 26 de julio de 2017.

FONDO DOCUMENTAL CEJPAJ