

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 25 de abril de 2024

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa LMA INVERSIÓN GESTIÓN Y PROMOCIÓN, S.L., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Móstoles de 23 de enero de 2024 de propuesta de resolución de retroacción de la licitación de la “Concesión demanial de uso privativo de bien público en régimen de concurrencia para la construcción y gestión de un complejo residencial de viviendas de protección pública VPPL en régimen de arrendamiento mediante procedimiento abierto en el municipio de Móstoles (Lotes 2; 4; 5 y 6)”, Expte BO25/PAT/2022/01, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - La licitación se publica el 5 de julio de 2022 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, según informa el Ayuntamiento (no localizado por este Tribunal).

El valor estimado lo cifra el Ayuntamiento en 91.276,80 euros por el canon de los 5 lotes en licitación (2% del valor catastral de cada parcela).

Sin embargo, el valor estimado atendiendo al de construcción de las viviendas objeto de la licitación es muy superior a 3 millones de euros, pues solo en los lotes en que participa LMA el presupuesto de ejecución material de las 60 viviendas de cada lote es de 7.595.687,00 € y 9.038.867,53 €.

El objeto del contrato es la concesión demanial durante 75 años para la construcción de viviendas.

Los criterios de adjudicación reparten 49 puntos atendiendo a la calidad de las viviendas y 15 puntos por el mayor número de viviendas ofertadas, 20 puntos por mejor total de superficie construida, 15 puntos por mejora del canon propuesto, 1 punto mejora reserva viviendas de alquiler.

La solvencia económica es 1.000.000 de euros en obras ejecutadas. Y la solvencia técnica la relación de obras ejecutadas con un importe mínimo de 5 millones de euros.

Se presentan las empresas HABYCO y GUADAHERMOSA PROYECTOS URBANÍSTICOS a los lotes 2 y 4 y LMA a los lotes 5 y 6.

Segundo. - En fecha 18 de enero de 2024 la Mesa de Contratación propondrá anular las actuaciones con retroacción al momento de redacción de los Pliegos de los lotes 2,4,5 y 6 por errores insubsanables en los Pliegos, ratificando su criterio de 23 de marzo de 2023. Criterio contra el que presentó un escrito el licitador recurrente en fecha 16 de mayo de 2023.

En fecha 23 de enero de 2024 la Junta de Gobierno Local acuerda retrotraer las actuaciones.

Tercero. - En fecha 30 de enero de 2024 se notifica el acuerdo a los licitadores, con acuse de recibo del mismo día. En fecha 27 de marzo de 2024 se presenta recurso especial en materia de contratación, en el que se solicita la nulidad de la retroacción de actuaciones, *“entrando al fondo del asunto y resolviendo Por lo tanto debe acudirse a la lectura del sobre “C” en el que se contiene la oferta económica y la valoración de los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas objetivas determinando con ello la adjudicación a LMA INVERSIÓN GESTIÓN Y PROMOCIÓN, S.L. y considerándose su ajuste a Derecho, se proceda a la adjudicación de sus lotes a sus únicos licitadores, y en caso contrario con la indemnización de daños y perjuicios solicitada en el cuerpo del presente escrito”*

Cuarto. - El 16 de abril de 2024, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). El informe del Secretario General se limita a afirmar que el recurso es inadmisible por tratarse de una concesión demanial excluida del ámbito de aplicación de la LCSP por su artículo 9 y que el recurso es extemporáneo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica licitadora, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48

de la LCSP). Siendo el único licitador de los lotes a los que se presenta, la retroacción de actuaciones acordada le causa un perjuicio cierto.

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - La admisibilidad del recurso especial en materia de contratación dimana de la calificación del contrato, tanto del acto recurrido, como el plazo de recurso, como la cuantía del recurso.

El Pliego califica el contrato como una concesión demanial y en su cláusula 34 señala que los actos del órgano de contratación son recurribles en reposición y en vía contencioso-administrativa.

En cuanto a la calificación como patrimonial del contrato por ser una concesión de dominio público, se entiende por este Tribunal que el contrato tiene encaje dentro de la modalidad de contratos de concesión de obra pública, como hemos explicado en la Resolución nº 507/2021 de 28 de octubre de 2021 sobre un caso muy similar (contrato de venta de las parcelas sitas en el término municipal de El Escorial, en el sector 1 “ensanche” para la construcción de viviendas de protección pública, dividido en 4 lotes, número de expediente 6704/2020 del Ayuntamiento de El Escorial), si bien es una cuestión muy debatida, donde la balanza doctrinalmente se inclina en una u otra consideración en función del interés prevalente, privado o público, en la concesión.

Es cierto que en las Resoluciones nº 49/2017 de 15 de febrero y 271/2017 de 27 de septiembre, entre otras muchas, hemos admitido la posibilidad del Tribunal de recalificar de oficio el contrato cuya actuación se impugna al solo objeto examinar su propia competencia, en un supuesto de calificación de un contrato como administrativo, pero especial (el primero) o de contrato de concesión de servicios o contrato de servicios : *“Es cierto que el contrato a que se refieren las actuaciones impugnadas ha sido calificado en el PCAP como contrato administrativo especial, sin*

embargo, la previa calificación en el pliego de un contrato no excluye la posibilidad de que el Tribunal compruebe, a los solos efectos de determinar su competencia, si tal calificación se corresponde con lo establecido al respecto en la Ley de Contratos del Sector Público y, en especial, con la posibilidad de que, dadas las características y contenido de la prestación prevista, el contrato pueda ser subsumido bajo alguno de los tipos contractuales susceptibles del recurso especial.

La razón que fundamenta esta potestad del Tribunal se encuentra en el propio carácter de la regulación del recurso especial en materia de contratación y en la consideración del efecto útil del recurso establecido en la Directiva 89/665/CEE”.

La recalificación se ha admitido por los Tribunales de contratación a los solos efectos de valorar su propia competencia y con ello la admisibilidad del recurso especial en materia de contratación, pero *“sin alteración del régimen jurídico del contrato fijado en los pliegos, aunque se haya determinado incorrectamente por el órgano de contratación”* (Resolución 271/2017 citada).

En el mismo sentido, la Resolución 9/2015, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco, señaló que *“la recalificación de la naturaleza del contrato tiene efectos únicamente en el ámbito procesal, sin que quepa extenderlo al análisis de la compatibilidad del contenido de los Pliegos con el régimen jurídico de su verdadera tipología, cuestión distinta y en la que el OARC/KEAO, de acuerdo con el principio de congruencia (artículo 47.2 del TRLCSP), no va a entrar por no ser objeto del recurso”* (criterio reiterado en su Resolución 18/2015).

En el supuesto contemplado en la Resolución nº 507/2021 de 28 de octubre de 2021 se ha recalificado el contrato patrimonial a concesión de obra pública, pero, a diferencia de la misma, aquí el recurrente no plantea nada sobre la procedencia del recurso, ni sobre la naturaleza del contrato, ni tampoco sobre la posibilidad de recurrir el acto separable de un contrato privado. No expresa absolutamente nada

sobre la posibilidad de interponer un recurso especial en materia de contratación, eso que el pie de recurso del acuerdo de la Junta de Gobierno Local recoge la posibilidad de interponer un recurso de reposición en el plazo de un mes o contencioso-administrativo en plazo de dos meses.

No ha impugnado en ningún momento la calificación de los Pliegos como concesión demanial, ni la consiguiente prescripción de recursos de su cláusula 34, a tenor de la cual contra los actos del órgano de contratación cabe recurso de reposición.

Siendo esto así, desnaturalizaría su función revisora el Tribunal si recalificara el contrato y las disposiciones contractuales totalmente fuera de las peticiones del recurrente, y en indefensión del órgano de contratación, que no ha alegado nada sobre el tema de fondo, seguro en la improcedencia del recurso.

A tenor del artículo 139.1. de la LCSP, *“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”*.

A tenor de la jurisprudencia el Tribunal de Contratación no puede recalificar la naturaleza del contrato en vía de adjudicación cuando no se han impugnado los Pliegos. Así en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de mayo de 2015, recurso 301/2014, ratificada por Sentencia del Tribunal Supremo en recurso 907/2017. Dice la primera:

...Como consecuencia del mencionado informe la cláusula 23 del PCAP dispone en lo referente al recurso especial en materia de contratación que "al no tratarse de un expediente de regulación armonizada ni tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos en que los gastos de primer establecimiento sean superiores a 500.000 euros no se podrá interponer

recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP"

El mencionado PCAP no fue impugnado por los licitadores, por lo que devino firme y consentido al no ser impugnado en tiempo y forma. No es necesario recordar que los Pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y los Pliegos de prescripciones técnicas (PPT), que las leyes sobre la contratación administrativa imponen en los contratos administrativos constituyen en sentido metafórico, de acuerdo a reiteradísima jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, la " ley del contrato "lo que significa que las determinaciones de aquellos Pliegos, si no son impugnadas en su momento, quedan consentidas y firmes y en consecuencia vinculan a todos, Administración y contratistas, y por esa razón todas las incidencias del contrato, su ejecución, y los derechos del contratista y las facultades de la Administración se deben ajustar estrictamente a lo previsto en tales Pliegos.

Es una vez adjudicado el contrato a la empresa Acciona Servicios Urbanos SL, cuando otro de los licitadores, en concreto Compañía Española de Servicios Públicos Auxiliares, S.A (CESPA) recurre contra dicha adjudicación, no formulando recurso administrativo ante los órganos competentes de la entidad local o recurso jurisdiccional ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de la Comunidad de Madrid, sino ante el Tribunal Administrativo de Contratación Pública, ignorando lo dispuesto en la cláusula 23 del PCAP y yendo en contra de sus propios actos ya que desde el momento en que los licitadores presentan sus ofertas aceptan el contenido de los Pliegos en su totalidad.

La pretensión de que se declarase la inadmisión del citado recurso especial por el motivo concretado en la firmeza e inatacabilidad del Pliego, que no fue impugnado en su momento, fue puesta de manifiesto al Tribunal Administrativo de Contratación Pública, tanto por el Ayuntamiento de Alcobendas como por la

adjudicataria de contrato, la mercantil Acciona Servicios Urbanos, S.L. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública, en lugar de acordar dicha inadmisión sin entrar a examinar las cuestiones de fondo planteadas, entra a analizar lo que se entiende por gastos de primer establecimiento, afirmando que, al no existir una definición explícita en la legislación contractual, hay que estar a una nota de la Presidenta del Tribunal de fecha 6 de junio de 2013, hecha pública mediante su página web, y conforme a la cual el concepto de gastos de primer establecimiento no debe interpretarse en el sentido estrictamente contable sino que debe incluir las inversiones precisas para el establecimiento del servicio. Desde este punto de vista la inversión inicial a cargo del adjudicatario en el contrato que nos ocupa excede de 500.000 euros, por lo que cabe dicho recurso especial, y en consecuencia, procede a revisar si la adjudicación del contrato ha sido o no conforme a derecho.

Esta Sala entiende que en el momento de la adjudicación ya no es posible examinar las cláusulas de los Pliegos de Condiciones Administrativas y de Prescripciones Técnicas, por haber quedado las mismas consentidas y firmes al no haber sido impugnadas en tiempo y forma; cláusulas que vinculan a todos los que participan en el procedimiento de licitación y a la Administración contratante. Si la Compañía Española de Servicios Auxiliares, S.A. (CESPA) entendía que la cláusula número 23 del PCAP no era conforme a derecho, por infringir lo dispuesto en el artículo 40 del TRLCSP, debió impugnarla en el plazo de 15 días hábiles contados a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hubieran sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el art. 158 de esta Ley (artículo 44 c) del TRLCSP)...

Así las cosas, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno no procede el recurso especial en materia de contratación, que además sería extemporáneo, pues el acto recurrido es notificado el 30 de enero y no se presenta el recurso hasta el 27

de marzo de 2024, fuera de los quince días hábiles del artículo 51 de la LCSP, como señala el órgano de contratación.

Procede la inadmisión del recurso por la causa , por haberse interpuesto el recurso contra actos no susceptibles de impugnación (artículo 55 c) LCSP).

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación de la empresa LMA INVERSIÓN GESTIÓN Y PROMOCIÓN, S.L., contra el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Móstoles de 23 de enero de 2024 de propuesta de resolución de retroacción de la licitación de la “Concesión demanial de uso privativo de bien público en régimen de concurrencia para la construcción y gestión de un complejo residencial de viviendas de protección pública VPPL en régimen de arrendamiento mediante procedimiento abierto en el municipio de Móstoles (Lotes2; 4; 5 y 6)”, Expte BO25/PAT/2022/01.

Segundo. - 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.

Tercero. - Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.