



Roj: **STSJ PV 176/2015 - ECLI: ES:TSJPV:2015:176**

Id Cendoj: **48020330012015100009**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **04/02/2015**

Nº de Recurso: **678/2014**

Nº de Resolución: **41/2015**

Procedimiento: **Recurso apelación Ley 98**

Ponente: **MARGARITA DIAZ PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RECURSO DE APELACIÓN NÚMERO 678/2014

SENTENCIA NÚMERO 41/2015

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

MAGISTRADOS:

D. JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ SAIZ

D^a. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En la Villa de Bilbao, a cuatro de febrero de dos mil quince.

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por los Ilmos. Sres. antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso de apelación contra la sentencia número 123, dictada el 8-7-2014 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número Uno de Bilbao en el recurso contencioso-administrativo número 29/2013, en el que se impugna el Acuerdo del Consejo de Administración de Zubiaur Eraikuntzak, S.A. de 26-11-2012 cuya acta fue aprobada en sesión de 10-12-2012 y publicada el 11-12-2012.

Son parte:

- **APELANTE**: ZUBIAUR ERAIKUNTZAK, S.A., representada por el Procurador D. GERMÁN ORS SIMÓN y dirigida por el Letrado D. RICARDO SANZ CEBRIÁN.

- **APELADAS**: EQUIPOS DE ASESORÍA E INVESTIGACIÓN, S.A., EKAIN, Jose Francisco, GESPUBLIC, S.L. y SABAI ARKITEKTOAK, S.L.P., representadas por la Procuradora D^a. MARÍA BEGOÑA FERNÁNDEZ DE GAMBOA IRARRAGORRI y dirigidas por la Letrada D^a. MARISOL LÓPEZ DE ALDA DE ARBULO.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. MARGARITA DÍAZ PÉREZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia identificada en el encabezamiento, se interpuso por ZUBIAUR ERAIKUNTZAK, S.A. recurso de apelación ante esta Sala, suplicando se dictase sentencia de conformidad con sus pedimentos.

SEGUNDO.- El Juzgado admitió a trámite el recurso de apelación, dando traslado a las demás partes para que en el plazo común de quince días pudieran formalizar la oposición al mismo, y en su caso, la adhesión a la apelación.



TERCERO.- Tramitada la apelación por el Juzgado, y recibidos los autos en la Sala, se designó Magistrado Ponente, y no habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, ni la celebración de vista o conclusiones, se señaló para la votación y fallo el día 22-1-2015, en que tuvo lugar la diligencia, quedando los autos conclusos para dictar la resolución procedente.

CUARTO.- Se han observado las prescripciones legales en la tramitación del presente recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante el presente recurso de apelación, Zubiaur Eraikuntzak, S.A. impugna la sentencia nº 123/2014, de 8 de julio de 2.014, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Bilbao, en autos del procedimiento ordinario nº 29/2013.

La sentencia recaída en la instancia estima íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Equipos de Asesoría e Investigación, S.A., D. Jose Francisco, Gespublic, S.L. y Sabai Arkitektoak, S.L.P., contra el Acuerdo del Consejo de Administración de Zubiaur Eraikuntzak, S.A. de 26 de noviembre de 2.012, que rechaza la propuesta de la Mesa de Contratación relativa a la adjudicación del contrato para el servicio de gerencia de la sociedad, declarando:

" 1º la nulidad de dicho acto administrativo y de cuantos deriven del mismo, dejándolos sin efecto jurídico alguno.

2º El derecho que asistía a los recurrentes a haber sido adjudicatarios del contrato de gerencia de la sociedad Zubiaur Eraikuntzak, S.A., condenando a la Administración demandada a hacer efectivo ese derecho o, en caso de imposibilidad material o jurídica para ello, a indemnizar en la cuantía que se fije en fase de ejecución de sentencia a los recurrentes.

Con deducción de testimonio de la sentencia y del expediente administrativo unido a los autos para su reparto entre los Juzgados de Instrucción del partido judicial de Bilbao para que, en su caso, se proceda a investigar la perpetración de un delito del artículo 262 del CP presuntamente cometido en fecha 26 de noviembre de 2.012 por D. Anton, D. Cristobal y D. Francisco en la localidad de Orozko.

Todo ello con imposición a la parte demandada de las costas causadas en esta instancia".

En el fundamento de derecho tercero de la sentencia apelada, desestima el juzgador la primera de las causas de inadmisibilidad opuesta por la sociedad pública demandada, atinente a la extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo, con aplicación del artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el fundamento siguiente rechaza la inadmisión del recurso amparada en el artículo 116.2 de la Ley 30/1992, atendiendo a la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 14 de noviembre de 2.003.

Y en el quinto desoye la última de las causas de inadmisibilidad, en razón de que el Acuerdo recurrido formaba parte de la tramitación del procedimiento contractual y produjo unas consecuencias tan drásticas para los recurrentes, al dejarles fuera del proceso, que debe reconocerse su situación de clara indefensión si se les impide recurrir esa decisión.

En los fundamentos sexto a noveno aborda el fondo del asunto, argumentando, en síntesis, el juzgador, que no cumple el acto impugnado el deber que impone el artículo 160.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, de motivar el rechazo de la propuesta de la Mesa de Contratación, pues se centra en aspectos que no son propios de la fase de resolución, sino que se remontan a la admisión de la documentación contractual, que ya había sido aceptada por acta de la Mesa de Contratación de fecha 19 de octubre de 2.012; destaca asimismo la voluntad paralizadora del procedimiento que previamente habían demostrado los Consejeros mayoritarios con el objeto de profundizar en el examen de tales cuestiones formales, desconfiando a priori de la Mesa de Contratación, y que las razones que finalmente asumen van en contra del interés público al rechazar la oferta que mayor puntuación tenía en el proceso contractual y que se presentaba como más ventajosa para la Administración; apunta además diversos indicios que refuerzan las sospechas de que existía una voluntad preconstituida de manipular la adjudicación contractual, y subraya asimismo, previo análisis, lo endeble de los argumentos esgrimidos por los vocales, constatando la ausencia de elemento trascendente para justificar el Acuerdo alcanzado.

Por último, entiende necesario deducir el oportuno testimonio judicial para que se realice una investigación criminal sobre si D. Anton, D. Cristobal y D. Francisco habrían incurrido en la conducta delictiva de "los que intentaren alejar de ella (la subasta o concurso público) a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio", entendiéndose que este último medio englobaría las manipulaciones a las que han sometido el procedimiento contractual.



SEGUNDO.- Interesa la defensa apelante de esta Sala el dictado de sentencia que con estimación del recurso, revoque y deje sin efecto la recurrida y declare la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo núm. 29/2013 o, subsidiariamente, la adecuación a derecho del Acuerdo del Consejo de Administración de Zubiaur Eraikuntzak, S.A., de 26 de noviembre de 2.012.

Articula al efecto los motivos de apelación que enuncia así:

*1º "Infracción del artículo 69.c) de la Ley 29/1998 , en relación con el artículo 116.2 de la Ley 30/1992 . Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo núm. 29/2013, al no haberse presentado el mismo contra el acto administrativo que resolvía expresamente el **recurso especial** de contratación interpuesto por la parte recurrente":*

Aduce que el criterio contenido en la sentencia apelada es totalmente contrario al artículo 116.2 de la Ley 30/92 y a las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia dictadas en su aplicación, en tanto que los recurrentes interpusieron el 21 de diciembre de 2.012 ante el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco un **recurso especial** en materia de contratación ¿que es potestativo- contra el Acuerdo del Consejo de Administración de Zubiaur Eraikuntzak, S.A. de 26 de noviembre de 2.012, y por tanto, no podían interponer de forma paralela el recurso contencioso- administrativo núm. 29/2013 contra el mismo Acuerdo, que formularon el 11 de febrero de 2.013.

A mayor abundamiento, con fecha 27 de febrero de 2.013, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales dictó la Resolución núm. 16/2013, que inadmite dicho **recurso especial** de contratación, que no fue objeto de impugnación, por lo que devino firme y consentida.

Por último, señala que la STS de 14 de noviembre de 2.003 , que se cita en la sentencia recurrida, no resulta de aplicación, ya que no se refiere a la previa interposición de un **recurso especial** de contratación, sino de un recurso administrativo de reposición.

Y que la interpretación que realiza el Juzgador de Instancia supone sustraer toda la virtualidad a la figura del citado **recurso especial** de contratación, ya que posibilitaría su interposición simultánea con un recurso contencioso-administrativo, pudiendo dar lugar (como en este caso) a resoluciones contradictorias entre el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco y el Juez de lo Contencioso-Administrativo, generando una situación de inseguridad jurídica que no puede ser tolerada.

2º "Infracción del artículo 69.c) de la Ley 29/1998 , en relación con el artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público . Inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo núm. 29/2013, al haberse presentado el mismo contra un acto que no es susceptible de impugnación":

Y ello por cuanto el repetido Acuerdo de 26 de noviembre de 2.012, no está entre los relacionados en el artículo 40.2 del TRLCSP, tal y como entendió el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales en la Resolución de 27 de febrero de 2.013, obviando el juzgador que no se trata de la exclusión del procedimiento de unos licitadores, de modo que no es un acto susceptible de **recurso especial** de contratación, ni por analogía, de recurso contencioso-administrativo.

3º "Infracción del artículo 62.1.e) de la Ley 30/92 , en relación con el artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público . Inexistencia de nulidad de pleno derecho del Acuerdo del Consejo de Administración de Zubiaur Eraikuntzak, S.A. de 26 de noviembre de 2.012":

Sostiene aquí, en resumen, que la Mesa de Contratación, siguiendo el criterio de una persona que no era Técnico de Administración General, sino un cargo de designación directa del Alcalde de Orozko, elaboró una propuesta de adjudicación ajena a los reparos que previamente puso de manifiesto el órgano de contratación, en el sentido de que paralizase el proceso hasta el momento en que se pudiera analizar toda la documentación presentada por los licitadores; en consecuencia, una vez recibida la propuesta, tres de los miembros del Consejo de Administración, que conformaban la mayoría del mismo, acordaron rechazarla de forma motivada, debido a la existencia de defectos y omisiones en la oferta elegida ¿que también detectaron en otra oferta- y ello de conformidad con la potestad que le viene legalmente atribuida en el artículo 160.2 TRLCSP.

Añade que la apreciación judicial de indicios de perpetración de un delito por aquellos Consejeros que votaron a favor de la adopción del Acuerdo es un auténtico dislate, por cuanto actuaron conforme al procedimiento legalmente establecido, velando en todo momento por la defensa de los intereses de la sociedad y porque el procedimiento de contratación se adecuase a los Pliegos de Condiciones, labor que no fue correctamente realizada por la Mesa de Contratación.

TERCERO.- D^a. Begoña Fernandez de Gamboa Irraragorri , procuradora actuando en representación de D. Jose Francisco , Equipos de Asesoría e Investigación, S.A. (EKAIN), Gespublic, S.L. y Sabai Arkitektoak, S.L.P., ha



formalizado escrito de oposición al recurso, postulando su inadmisión, o subsidiariamente, su desestimación íntegra, en base a las alegaciones que resumidas a continuación se exponen:

Previa:

A) Inadmisibilidad del recurso de apelación, a tenor del artículo 69.b) LJ, dado que antes de su interposición, la sociedad Zubiaur Eraikuntzak S.A. ha adoptado acuerdo de disolución y entrado en periodo de liquidación, y por tanto, la representación para el ejercicio de acciones judiciales, la ostenta el liquidador, no siendo esa falta de capacidad defecto subsanable, y sin perjuicio de que si la sociedad estuviere totalmente disuelta y liquidada, carecería de capacidad jurídica para ejercer cualquier tipo de acción o recurso.

B) Subsidiariamente, inadmisibilidad a tenor del artículo 81.1 a) LJ, al cifrarse la indemnización correspondiente, ante la previsible imposibilidad de ejecución de la sentencia mediante la efectiva adjudicación del contrato, en el beneficio industrial dejado de obtener, resultando, ya sea por aplicación del 10% o el 6% al precio ofertado en la proposición económica de la apelada (150.000 euros, más IVA), importes muy inferiores a los 30.000 euros exigidos en ese precepto.

Primera:

A) No existe causa de inadmisibilidad del recurso contencioso por no haberse presentado contra el acto administrativo dictado por el órgano administrativo de contratación de la CCAA del País Vasco, resolutorio del **recurso especial** en materia de contratación, pues se trata de un recurso potestativo, que en este caso es inadmitido sin entrar a conocer del fondo.

B) No existe causa de inadmisibilidad a tenor del artículo 69 c) LJCA por cuanto se recurre un acto administrativo que pone fin al procedimiento, susceptible de recurso a tenor del artículo 109 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 25 de la Ley 29/98, de 13 de julio; subsidiariamente, se trataría de un acto de trámite adoptado en el procedimiento de adjudicación que decide indirectamente sobre la adjudicación; es más, el recurso es en cualquier caso admisible, a tenor del artículo 25.2 de la Ley 29/98, al haberse impugnado no sólo el Acuerdo de 26 de noviembre de 2.012, sino también cuantas actuaciones traen causa del mismo, entre las que se encuentra la inactividad de la demandante por la suspensión indefinida del expediente de contratación, que supone la renuncia o desistimiento implícito.

Segunda:

Señala finalmente que el Acuerdo impugnado incurre en nulidad de pleno derecho a tenor del artículo 62.1 d) de la Ley 30/92, porque vulnera los artículos 139 y 160 del RDL 11/2013, ya que ni se ha dado un tratamiento igualitario y transparente a todos los licitadores, ni se ha motivado, ni justificado, el rechazo de la oferta presentada por esta parte, sino que al contrario, pretende motivarlo a posteriori por la presunta existencia de defectos, que no sólo eran perfectamente subsanables, tal y como reconoce un informe jurídico redactado a instancias del propio órgano de contratación, sino que además no fueron puestos de manifiesto por la Mesa de Contratación en el momento oportuno para ello. Por lo que es constitutivo de infracción penal, ya que el rechazo de la oferta más ventajosa supone la alteración del resultado de un concurso o licitación pública, con el fin de alejar de ella a postores por medio de cualquier artificio, lo que está expresamente tipificado en el artículo 262 del Código Penal.

Entiende asimismo vulnerados el artículo 43 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, y los artículos 151.3 y 161.2 del TRLCSP; denuncia además desviación de poder.

CUARTO.- Zubiaur Eraikuntzak, S.A. en escrito de alegaciones presentado ante esta Sala el 17 de octubre de 2.014, ha defendido la admisibilidad de la apelación.

Expone en relación con la primera de las causas de inadmisibilidad, que aunque haya entrado en liquidación, subsiste su personalidad jurídica y que, como acredita la documentación que adjunta, fue el liquidador, en uso de sus facultades, quien decidió que fuera la Junta General de la sociedad la que decidiera sobre la interposición del recurso de apelación, celebrándose Junta General Extraordinaria al efecto el 1 de septiembre de 2.014.

Y respecto de la segunda, que la cuantía del recurso se fijó en la instancia como indeterminada precisamente a instancia de la parte actora; que la sentencia contiene varios pronunciamientos referidos a pretensiones no susceptibles de valoración; y por último, que el precio ofertado por los ahora apelados ascendía a 150.000 euros

QUINTO.- Debemos dar prioridad al examen de las causas de inadmisión del recurso de apelación opuestas por la parte apelada, significando:



Primero, la válida comparecencia en el proceso de Zubiaur Eraikuntzak, S.A., que se personó como demandada con el preceptivo poder general para pleitos, previo acuerdo de su Consejo de Administración, sin que proceda en sede de apelación apreciar la falta de legitimación alegada de adverso, en razón de su disolución voluntaria publicada en el BORME el 24 de julio de 2.014, una vez dictada la sentencia que ahora apela, máxime cuando, conforme acredita el documento nº 1 aportado por la mercantil, el liquidador nombrado, D. Severino, trasladó la decisión de la interposición del presente recurso de apelación a la Junta de la sociedad, que fue acordada el 1 de septiembre de 2.014 en Junta General Extraordinaria, con asistencia del liquidador, sin que conste la revocación del poder conferido al procurador actuante.

Segundo, que pese a la que la cuantía del recurso se fijó en instancia como indeterminada, en cuanto presupuesto procesal es materia de orden público que no puede dejarse a la libre disponibilidad de las partes, no estando vinculado el Tribunal competente para conocer del recurso de apelación a lo acordado a tal efecto en primera instancia, resultando en este caso perfectamente cuantificable, toda vez que conforme consolidada doctrina del Tribunal Supremo, que recuerda el auto de 12 de diciembre de 2.013:

"(¿)lacuantíalitigiosa en materia decontratosdebe fijarse tomando en cuenta el presupuesto para laadjudicacióndelcontrato-o el precio de dicha adjudicación- (entre otros, AATS, 14 de septiembre de 2001, recurso nº 4293/1999, 20 de octubre de 2005, recurso nº 2759/2003, 6 de julio de 2006, recurso queja 1240/2005, 22 de mayo de 2008, recurso nº 1068/2007, 6 de octubre de 2011, recurso nº 1706/2011 y 27 de junio de 2013, recurso nº 127/2013 -este último sobre cuestión sustancialmente similar a la del presente recurso-).

Como señala elATS 15 de junio de 2006 (RC 7160/2004), en el recurso contra la aprobación de los pliegos «lo procedente es fijar lacuantíaatendiendo al presupuesto base de licitación".De forma similar en los recursos contra laadjudicación de uncontratode obras en los que hay que atender al"presupuesto de ejecución material de las mismas -que es el criterio determinante en este caso para la determinación de la cuantía(por todos, Auto de 21 de octubre de 2004)"(ATS 14 de abril de 2005 [RC 958/2003] RJ 2º). Igualmente en los recursos relativos al concurso para la contratación de una asistencia técnica, en los que el requisito para acceder al recurso de casación«será el precio máximo de licitación"(ATS 7 de octubre de 2004 [RC 5593/2002]), "siendo éste el dato que debe valorarse en casos como el presente (por todos, Autos de 24 de enero de 2003)"(ATS 22 de noviembre de 2007 [RC 348/2007], RJ 3º). Y en loscontratospara el asesoramiento a la dirección facultativa de las obras lacuantíala determina también el presupuesto de licitación decontratoadministrativo (ATS 22 de noviembre de 2007 [RC 348/2007]); así como en los contratosde consultoría (ATS 11 de noviembre de 2010 [RC 1652/2010]). Y todo ello siendo indiferente la naturaleza de los argumentos en que se hayan sustentado las alegaciones de las partes (AATS de 6 de octubre de 2011 RC 706/2011 y 27 de junio de 2013 RC 127/2013)".

Con arreglo a esa doctrina, ya sea tomando en consideración el precio del contrato, o, atendida la índole del acto impugnado, el ofertado en la proposición económica presentada por la parte apelada, la cuantía del recurso supera con creces la cantidad establecida por el artículo 81.1.a) de la Ley Jurisdiccional 29/1998, para acceder al recurso de apelación.

Queda así expedito el examen de los motivos de apelación deducidos por la sociedad pública Zubiaur Eraikuntzak, S.A.

SEXTO.- Para dar cumplida respuesta al primero de ellos, de índole procesal, formulado al amparo del artículo 69.c) de la Ley Jurisdiccional, resultan de interés los siguientes hechos, que se desprenden del expediente administrativo y de los autos remitidos por el órgano judicial de instancia:

-El 11 de junio de 2.012 el Consejo de Administración de Zubiaur Eraikuntzak, S.A. aprobó el " *Pliego de Cláusulas Administrativas que ha de regir la adjudicación, por procedimiento general, del servicio de gestión de la gerencia de Zubiaur Eraikuntzak, S.A.* ".

-En la reunión de 25 de julio de 2.012 el Consejo acordó lanzar el concurso el 10 de septiembre, recibándose las siguientes ofertas: Jose Francisco, Ekain, S.A., Gespublic, S.L. y Sabai Arkitektoak, S.L.P.; Bilbaína de Proyectos, S.L.P.; y Eibex Asesores Consultores, S.L.

-El 14 de noviembre de 2.012 se reunió la Mesa de Contratación y acordó: " *Por unanimidad se aprueba el cómputo de los puntos de los licitadores del concurso para el servicio de gerencia de Zubiaur Eraikuntzak, S.A. y que dicha propuesta sea elevada al órgano de contratación para la adjudicación del contrato al licitador que ha obtenido mayor puntuación*", al acta acompaña informe de 12 de noviembre de 2.014, donde se consigna que la oferta con mejor puntuación global es la de D. Jose Francisco, Ekain, S.A., Gespublic, S.L. y Sabai Arkitektoak, S.L.P.

- Por Acuerdo del Consejo de Administración de Zubiaur Eraikuntzak, S.A., de 26 de noviembre de 2.012, hecho público el 11 de diciembre de 2.012, se rechaza la propuesta de la Mesa de Contratación.



- Con fecha 21 de diciembre de 2.012 D. Jose Francisco en su condición de licitador y representante de la proposición presentada por Jose Francisco , Ekain, S.A., Gespublic, S.L. y Sabai Arkitektoak, S.L.P., formula **recurso especial** en materia de contratación frente al anterior Acuerdo, de conformidad con los artículos 40 y siguientes del RDL 3/2011, de 14 de noviembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

-El 12 de febrero de 2.013 D^a. Begoña Fernández de Gamboa Irrarragorri, procuradora de los Tribunales y de la mercantil Equipos de Asesoría e Investigación, S.A., Ekain, actuando en nombre y representación de D. Jose Francisco , Gespublic, S.L. y Sabai Arkitektoak, S.L.P., presenta ante el Juzgado Decano de Bilbao escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo frente al mismo Acuerdo de 26 de noviembre de 2.012, tramitado por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 1 de Bilbao, como procedimiento nº 29/2013, y resuelto por la sentencia aquí apelada.

- Mediante Resolución núm. 16/2013, de 27 de febrero de 2.013, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma del País Vasco, inadmite el precitado **recurso especial**.

Expuestos los hechos, la solución a la cuestión planteada por la sociedad pública apelante, exige la toma en consideración de las previsiones contenidas en el Capítulo VI del Título I del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que regula el régimen especial de revisión de decisiones en materia de contratación, y singularmente, su artículo 40.1, que establece un **recurso especial** en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, frente a determinados actos, que relaciona en el apartado 2 del mismo artículo, cuando se refieran a unos también concretos tipos de contratos concertados por las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores.

En lo que a nuestro debate afecta, y en cuanto al carácter de dicho **recurso especial**, debe indicarse, primero, que es excluyente, toda vez que, según previene el artículo 40.5 *"No procederá la interposición de recursos administrativos ordinarios contra los actos enumerados en este artículo" dejando a salvo " la excepción prevista en el artículo siguiente con respecto a las Comunidades Autónomas"* ; y segundo, que si bien en su redacción originaria, la Ley de Contratos del Sector Público 30/2007, de 30 de octubre, (art. 37), lo consideró obligatorio y necesario para acudir a la vía jurisdiccional, el texto vigente desde el 9 de septiembre de 2.010 tras su introducción por Ley 34/2010, de 5 de agosto , le atribuyó carácter potestativo, y así lo dispone expresamente el actual Texto Refundido en su artículo 40.6.

Conforme el artículo 49 del mismo Texto Refundido, contra la resolución que pone fin al procedimiento, sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo conforme a lo establecido en el artículo 10, letras k) y l) del apartado 1 y en el artículo 11, letra f) de su apartado 1, de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

Por tanto, ante uno de los actos señalados en el apartado 2 del artículo 40, quien ostente la debida legitimación, esto es, *" toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso"* (artículo 42), podrá impugnarlo en sede administrativa mediante el **recurso especial** en materia de contratación, o directamente en vía jurisdiccional, interponiendo el recurso ante el órgano competente de esta Jurisdicción.

Ahora bien, si ante esa alternativa que ofrece el legislador, se optare por la vía administrativa especial, será la resolución de este recurso potestativo, expresa o tácita, la que agote la vía administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 109.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio , y la única impugnabile en sede jurisdiccional.

En el caso de autos, sin embargo, los ahora apelados, que presentaron la oferta propuesta por la Mesa de Contratación, rechazada ulteriormente por el Consejo de Administración de Zubiaur Eraikuntzak, S.A en el Acuerdo impugnado, no siguieron ese iter impugnatorio; como se ha visto, interpusieron frente a dicho Acuerdo, primero, un **recurso especial**, y pendiente su resolución, dedujeron impugnación jurisdiccional de forma prematura ante el Juzgado, sin esperar no ya a la decisión expresa del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales, sino a la desestimación presunta del recurso por silencio administrativo, que a falta de regulación en el RDL 3/2011 del plazo máximo de duración, ha de entenderse se produjo una vez transcurridos tres meses, a contar desde la fecha de presentación del recurso ex artículo 42.3 y 43.1.2º párrafo de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre .

Es decir, los apelados, quizás por tratarse de una vía de impugnación más rápida o para obtener de forma más inmediata la suspensión del procedimiento contractual como medida provisional, efectivamente instada en su escrito de interposición al amparo del artículo 43 del RDL 3/2011 , deciden acudir al cauce impugnatorio administrativo especial, pero a su vez, sin concluir su tramitación, interponen recurso contencioso-administrativo, abandonando la vía inicial elegida, y dejando firme y consentida la Resolución



del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales que puso fin al **recurso especial**, cuando era ésta ¿o el acto presunto-, como ha quedado dicho, la única resolución impugnabile jurisdiccionalmente y ante esta Sala, órgano competente para su enjuiciamiento con arreglo al artículo 10.1 letra k) de la Ley Jurisdiccional .

Concurre así la causa de inadmisibilidad descrita en el apartado c) del artículo 69 de la Ley 29/1998, de 23 de julio , por cuanto el Acuerdo del Consejo de Administración de 26 de noviembre de 2.012 no era actuación susceptible de recurso contencioso- administrativo.

Conclusión que no resulta contradicha por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2.013 , invocada por el juzgador de instancia y los apelados, toda vez que, aun configurado por el legislador el **recurso especial** en materia de contratación, al igual que el de reposición ¿concernido en esa sentencia- como un recurso administrativo con carácter potestativo, aquél difiere en supuestos, plazos, trámites, régimen y características respecto de los propios del común recurso repositivo, y en cualquier caso, no se da la identidad necesaria que permita extrapolar la solución ofrecida al caso en estudio, así, aplica el Alto Tribunal para rechazar la inadmisibilidad de un recurso contencioso presentado anticipadamente " *la doctrina favorable a considerar que la interposición prematura de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de un recurso administrativo es subsanable, si en el curso del proceso se produce la desestimación expresa de aquél o transcurre el plazo establecido para que pueda considerarse desestimado por silencio*"; y en el supuesto enjuiciado, solo se interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de 26 de noviembre de 2.012, y no frente a la desestimación presunta del recurso regulado en el artículo 40 y siguientes del RDL 3/2011 , que además es finalmente inadmitido mediante Resolución, que venían los apelados obligados a impugnar, y ha devenido firme y consentida.

Cierto es que de esta forma queda imprejuizado el fondo del asunto, no obstante, por causa de la errónea estrategia procesal de la parte actora, que, dentro de las posibilidades impugnatorias que le ofrecía la normativa aplicable, optó voluntariamente por el cauce especial de impugnación en materia de contratación, no preceptivo, con la consecuencia de que el acto que agotaba la vía administrativa no era otro que el acto presunto o expreso del **recurso especial**.

Es oportuno recordar en este punto la consolidada doctrina constitucional, en cuya virtud "*Una decisión judicial de inadmisión no vulnera este derecho - se refiere al derecho de acceso a la jurisdicción, que constituye el primero de los contenidos del art. 24.1 CE - aunque impida entrar en el fondo de la cuestión planteada, si encuentra fundamento en la existencia de una causa legal que resulte aplicada razonablemente (SSTC 183/2008, de 22 de diciembre , FJ 3 ; 184/2008, de 22 de diciembre, FJ 3 ; o 48/2009, de 23 de febrero), y aquélla que sostiene que "corresponde a las partes intervinientes actuar con la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de haber actuado con la diligencia razonablemente exigible (por todas, STC 211/1989)" (STC 235/1993, de 12 de julio , FJ 2).*

Se sigue de lo expuesto, la estimación del presente recurso de apelación, y por los mismos fundamentos, debe inadmitirse el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Equipos de Asesoría e Investigación, S.A., D. Jose Francisco , Gespublic, S.L. y Sabai Arkitektoak, S.L.P., contra el Acuerdo del Consejo de Administración de Zubiaur Eraikuntzak, S.A. de 26 de noviembre de 2.012.

SÉPTIMO.- La estimación del recurso de apelación comporta dos efectos -ex lege- respecto a las costas: la revocación del pronunciamiento de la sentencia apelada, con imposición de las costas de la primera instancia a la parte actora, y a ninguna de las partes las causadas en la segunda (artículo 139.1 y 2 LJCA).

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

FALLO

QUE ESTIMANDO EL RECURSO DE APELACIÓN Nº 678/14 PRESENTADO POR ZUBIAUR ERAIKUNTZAK, S.A. CONTRA LA SENTENCIA NÚMERO 123, DICTADA CON FECHA 8 DE JULIO DE 2.014 POR EL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NÚMERO UNO DE BILBAO EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO 29/2013, DEBEMOS REVOCAR Y REVOCAMOS DICHA SENTENCIA Y, EN CONSECUENCIA, INADMITIMOS EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR EQUIPOS DE ASESORÍA E INVESTIGACIÓN, S.A., EKAIN, D. Jose Francisco , GESPUBLIC, S.L. Y SABAI ARKITEKTOAK, S.L.P., CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE ZUBIAUR ERAIKUNTZAK, S.A. DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2.012, E IMPONEMOS A ESTOS RECURRENTES LAS COSTAS DE LA PRIMERA INSTANCIA, SIN PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA.

Esta sentencia es firme y contra la misma no cabe recurso alguno.



Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio 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 Secretario doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ