



Recurso nº 093/2011

Resolución nº 135/2011

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

En Madrid, a 4 de mayo de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por Don A.S.R., en representación de EXPAL SYSTEMS, S.A. (EXPAL), contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares de varios expedientes de licitación promovidos por la Sección de Asuntos Económicos del Parque y Centro de Mantenimiento de Sistemas Acorazados nº 1, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 18 y 19 de marzo de 2011 se convocaron en el Boletín Oficial del Estado cinco licitaciones promovidas por el órgano de contratación del Parque y Centro de Mantenimiento de Sistemas Acorazados nº 1 (PACMASA 1) cuyo objeto son distintos servicios de reparación y suministro de conjuntos o subconjuntos del Leopard 2 A 4 y Leopard 2 E, expedientes nº 3/11, 9/11, 13/11, 33/11 y 34/11.

Segundo. Con fecha 5 de abril de 2011 recibió el órgano de contratación, escrito de recurso especial presentado por EXPAL contra las cinco licitaciones antes señaladas. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y los de prescripciones técnicas son prácticamente iguales en las cinco licitaciones por lo que, por razones de economía procesal, EXPAL interpone recurso contra los pliegos de todas ellas con idéntica fundamentación.

Tercero. De acuerdo con lo previsto en el artículo 316.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, el órgano de contratación remitió al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, con fecha 7 de abril, el escrito de recurso junto con los expedientes impugnados y el correspondiente informe.

Cuarto. El 15 de abril de 2011 el Tribunal acordó estimar las medidas provisionales solicitadas por la recurrente y suspender la tramitación del procedimiento, notificándolo tanto al órgano de contratación como a la empresa recurrente el 19 de abril.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Se impugnan los pliegos de cinco licitaciones correspondientes a contratos de Servicios sujetos a regulación armonizada según lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, tratándose por tanto de actos recurribles mediante recurso especial, de acuerdo con el artículo 310 del mismo cuerpo legal, y corresponde a este Tribunal la resolución de los mismos.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto por EXPAL, empresa cuyos intereses pueden verse afectados por la licitación convocada, legitimada por tanto para dicha interposición (artículo 312 de la Ley de Contratos).

Tercero. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo de 15 días hábiles desde la convocatoria de las licitaciones impugnadas, cumpliéndose el requisito contemplado en el artículo 314.2 de la citada Ley de Contratos.

Cuarto. Respecto a la acumulación en un único recurso de las pretensiones de la recurrente respecto a cinco licitaciones, conviene acudir a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que prevé en su artículo 73 la posibilidad de acumular trámites cuando guarden entre ellos identidad sustancial o íntima conexión.

Tratándose de licitaciones que cuentan con pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas prácticamente idénticos, este Tribunal estima procedente la acumulación de las demandas en un único expediente de recurso.

Quinto. EXPAL basa su recurso en tres fundamentaciones básicas: 1. Ausencia en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de criterios objetivos para cuantificar y formular el precio de la oferta; 2. Nulidad de la cláusula que establece el sorteo como procedimiento de adjudicación de los contratos; 3. Nulidad de la cláusula que determina los plazos para la formalización de los contratos. Y solicita la suspensión cautelar del procedimiento hasta que se resuelva el recurso.

Sexto. Respecto al primer fundamento del recurso, EXPAL argumenta que los contratos recurridos se refieren a prestaciones que exigen el cumplimiento de obligaciones muy diferentes: reparaciones del sistema de armas, disposición de bancos de pruebas donde efectuar reparaciones de los conjuntos y subconjuntos del carro, y suministro de repuestos. Según la recurrente, los pliegos de cláusulas administrativas particulares tendrían que identificar los criterios objetivos de valoración de cada una de las obligaciones exigidas, para poder formular con objetividad, veracidad y seguridad el precio de su oferta y para facilitar a la Administración una valoración cierta y objetiva de los precios a efectos de la adjudicación. Considera que el precio hora/ trabajo como “único” criterio de valoración identificado en los pliegos “resulta absolutamente insuficiente para formular una oferta que responda a todas las prestaciones descritas”, obligando al licitador a asumir un riesgo injustificado al formular su oferta, ya que no puede “especificar el precio estimado de las reparaciones, el número de horas de los bancos de pruebas y el precio real de los repuestos necesarios”.

Afirma asimismo la recurrente que los pliegos son incongruentes respecto a quién tiene que aportar los repuestos que pudieran resultar necesarios, la Administración o la empresa adjudicataria del contrato. Ello abunda en la imposibilidad de formular “el precio de oferta”.

Concluye EXPAL, que los pliegos conculcan los principios contenidos en el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público así como el artículo 75 de la misma, ya que hacen inviable la comparación objetiva y cierta de los precios ofertados.

Séptimo. La cláusula 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares especifica los criterios que servirán de base para la valoración de las proposiciones, así como la ponderación que se atribuye a cada uno de ellos: “Memoria técnica”, a la que se asigna un peso de 5 puntos y “precio”, al que se asignan 3 puntos. Y para cada uno de ellos se explica la forma en que se efectuará la cuantificación, atendiendo en la memoria técnica a una serie de subcriterios, cada uno con un peso específico determinado: Listado de sustitución al 100% : 20%; relación detallada de operaciones a realizar para la diagnosis, reparación y prueba del elemento: 40%; hoja de pruebas: 20%; relación detallada de bancos de prueba, utillaje y elementos de medida para la reparación y prueba: 20%. Respecto al precio se señala que se obtendrá 0,1 punto por cada 2% o fracción de

descuento sobre el precio más alto de los ofertados para el servicio en cuestión, valorándose de 0 a 3.

No es cierta, por tanto, la afirmación de la recurrente de que el precio es el elemento determinante para la adjudicación de los contratos, o que el precio hora/trabajo sea el único criterio identificado en los pliegos. Como se indica más arriba, la cláusula 7 de los pliegos de cláusulas administrativas particulares establece dos criterios de valoración, memoria técnica y precio, con un peso muy superior de la memoria respecto al precio. Pese a que no se especifica cómo se aplicarán los subcriterios a las distintas ofertas: si se trata de criterios automáticos que otorgarán la misma puntuación a las empresas que incluyan en sus ofertas la información que se solicita (independientemente de su contenido) o si discriminarán en función de lo que plantee cada empresa; y pese a que tampoco se concreta cómo se calculará la puntuación global de cada oferta a partir de las puntuaciones obtenidas para cada uno de los elementos del Anexo I (cuestiones todas ellas que sería conveniente aclarar y concretar), resulta claro que, contrariamente a lo que afirma la recurrente, el precio no es el único criterio de valoración, ni siquiera el más importante, en las licitaciones impugnadas.

En relación con el suministro de los repuestos respecto del cual la empresa recurrente considera que existe una incongruencia absoluta en los pliegos acerca de quién debe efectuarlo, resulta necesario analizar la cláusula 2 del pliego de prescripciones técnicas y la 5 del de cláusulas administrativas particulares. En el primero se indica que “todos los elementos necesarios para reparar los conjuntos objeto de este expediente (incluyendo repuestos necesarios para la reparación y posibles faltantes) serán por cuenta del Adjudicatario, a no ser que por cuestiones de urgencia o economía el PCMASA 1 considere más conveniente que alguno de ellos sea aportado por este Centro”. La cláusula 5 del pliego de cláusulas administrativas particulares referida al plazo de ejecución del servicio señala que “el plazo comenzará a contar desde la entrega a la empresa adjudicataria de los elementos a reparar o de la entrega por parte de la Administración de los repuestos necesarios, previa formalización del contrato”.

El órgano de contratación explica en el apartado IV de su informe que será él el que decida, con base en la diagnosis previa que deberá presentar la empresa adjudicataria sobre cada uno de los elementos a recuperar, si los repuestos los debe suministrar la

empresa o los proporciona el propio Centro y que, en todo caso, “éstos se pagarían fuera del precio marcado en el expediente de contratación como partida independiente”. Considera, por ello, que no es necesario incluir los repuestos en la determinación del precio de la hora de trabajo.

La explicación del órgano de contratación resolvería la indeterminación o incongruencia expresada en el escrito de recurso, ya que permitiría a los licitadores calcular el coste real de su oferta conociendo exactamente lo que la misma incluye y lo que no incluye (en ningún caso se incluirían los repuestos); pero la cláusula 2 del pliego de prescripciones técnicas dice textualmente que dichos repuestos serán por cuenta del adjudicatario, a no ser que el PCMASA 1 considere más conveniente que alguno de ellos sea aportado por el propio Centro. La redacción de los pliegos parece indicar que hay que incluir en las ofertas los repuestos que la empresa estime que podrían ser necesarios y el precio al que oferta los mismos; y al no contener los pliegos indicación alguna sobre el número de unidades que deban incluirse en las ofertas, los licitadores no tienen base alguna sobre la que formular su oferta respecto a este elemento, y es, por otra parte, altamente improbable en estas condiciones que las ofertas que presenten los licitadores resulten homogéneas para poder llevar a cabo un análisis comparativo de las mismas aplicando los criterios de valoración contenidos en los pliegos.

A la vista de todo cuanto antecede, este Tribunal considera que, pese a que no es cierto que el precio sea el único criterio de valoración o el criterio determinante como señala la recurrente, deben modificarse los pliegos especificando con claridad si el coste de los repuestos que resulten necesarios para la correcta prestación de los servicios que se pretende contratar debe ser asumido por el contratista o si será facturado a la Administración separadamente del precio del contrato, a los precios unitarios que se oferten por el licitador. En este último caso, los precios unitarios de los repuestos deberían figurar en documento separado, no incluyéndose en el importe total de la oferta económica. Deberían aclararse y concretarse además, como se ha señalado antes, la forma en que se aplicarán los subcriterios de valoración de la memoria técnica, así como cualquier otro punto de los pliegos que pudiera dar lugar a confusión.

Octavo. Respecto al procedimiento de sorteo como medio para decidir la adjudicación del contrato en caso de que dos o más proposiciones resulten igualmente ventajosas, hay

que señalar que la cláusula 7.2 del pliego de cláusulas administrativas particulares establece que, con carácter general, se aplicarán los criterios de valoración referidos al contenido de la memoria técnica y al precio; en caso de que se produzca igualdad en la puntuación de dos o más empresas, la misma cláusula de los pliegos prevé acudir, de acuerdo con la disposición adicional sexta de la Ley de Contratos del Sector Público, al porcentaje de personas con discapacidad con que cuenten los licitadores en sus plantillas o a los otros factores recogidos tanto en los pliegos como en dicha disposición adicional. Y sólo en el caso de que no fuese posible la aplicación de la preferencia citada, se prevé acudir al sorteo para determinar la adjudicación.

Vemos por tanto que en los pliegos de los contratos ahora impugnados, se contemplan estas fórmulas para decidir sobre la adjudicación en caso de igualdad en la puntuación obtenida por dos o más empresas al aplicar los criterios de adjudicación que valorarán la memoria técnica y el precio ofertado por cada una. Resulta difícil imaginar que tras la aplicación de dichas fórmulas continúe manteniéndose el empate en la puntuación obtenida por dos o más licitadores. Pero si así fuera habría que buscar alguna fórmula para romper esa situación ya que el artículo 135 del mismo texto legal establece que el órgano de contratación no podrá declarar desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego.

El Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a que se refiere la recurrente en apoyo de su argumentación es del año 2005 y se basa en el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, que permitía a la Administración adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa o, alternatively, declarar desierto el concurso, motivando en todo caso su resolución. Tras la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, no existe la posibilidad de declarar desierta la licitación si existen ofertas que se ajusten a lo estipulado en los pliegos, por lo que no es admisible la fundamentación que formula EXPAL en su escrito de recurso, sin que señale, por otra parte, disposición legal alguna que resulte vulnerada por el contenido del último párrafo de la cláusula 7 del pliego de cláusulas administrativas particulares relativa al sorteo, que respeta, en todo caso, los principios de competencia, libertad de acceso, igualdad y transparencia. A

mayor abundamiento, cabría aplicar por analogía las previsiones del artículo 87 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que admite la posibilidad de acudir al sorteo para decidir la adjudicación en caso de igualdad entre dos proposiciones, referido, en ese caso, a la subasta, supuesto en el que existen más posibilidades de que se produzca la igualdad de puntuación entre distintas proposiciones.

Por lo tanto, en el caso más que improbable de que se produjese un empate en la puntuación de dos o más proposiciones que subsistiera tras la aplicación de los criterios a que se refiere la disposición adicional sexta de la Ley de Contratos del Sector Público y contenidos en los pliegos, este Tribunal entiende que no existe impedimento legal alguno para aplicar el sorteo como forma de resolver la adjudicación.

Noveno. Por último, en relación con los plazos para la adjudicación de los contratos, la cláusula 36 de los pliegos de cláusulas administrativas particulares establece que “el adjudicatario queda obligado a suscribir dentro del plazo máximo de quince días contados desde el día siguiente al de la notificación de la adjudicación, el correspondiente documento administrativo de formalización del contrato”.

El artículo 140.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en la redacción dada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, dispone que si el contrato es susceptible de recurso especial en materia de contratación, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos. Se trata de una de las modificaciones introducidas en la Ley 30/2007 junto a la supresión de la dualidad de adjudicaciones (provisional y definitiva) y la regulación del procedimiento de recurso especial en materia de contratación. La cláusula 36 contenida en los pliegos es por tanto contraria a lo estipulado en el artículo 140.2 de la Ley de Contratos del Sector Público por lo que debe modificarse y adaptarse a este precepto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por Don A.S.R., en representación de EXPAL SYSTEMS, S.A. contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares de varios expedientes de licitación promovidos por la Sección de Asuntos Económicos del Parque y Centro de Mantenimiento de Sistemas Acorazados nº 1, anulando las cláusulas de los pliegos referidas en los fundamentos séptimo y noveno anteriores, que deberán modificarse de acuerdo con lo allí expuesto.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada por este Tribunal el 15 de abril, al amparo de lo dispuesto en el artículo 317.4 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.