



Recurso nº 665/2013

Resolución nº 550/2013

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

En Madrid, a 29 de noviembre de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.D.L., en representación de la mercantil “ELEC NOR, S.A.”, contra el acuerdo de exclusión adoptado en el procedimiento de licitación del contrato de *“Servicio de mantenimiento integral del Centro Nacional de Verificación de Maquinaria del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo en Vizcaya, ejercicios 2014-2015”*, con número de expediente PA 5/2013-3570, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha de 25 de junio de 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de servicios de reparación y mantenimiento del Centro Nacional de Verificación de maquinaria del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo en Vizcaya, ejercicios 2014 y 2015, número de expediente PA 5/2013-3570.

El valor estimado del contrato asciende a 297.520,00 €, correspondiéndole la clasificación CPV 50700000.

En el mencionado anuncio se señalaba como fecha tope para la presentación de ofertas la del 21 de agosto de 2013 y como fecha límite para la obtención del pliego de condiciones y documentación complementaria o del documento descriptivo la de 14 de agosto de 2013.

Segundo. El 1 de julio de 2013 se publicó en la Plataforma de contratación del Estado el anuncio de licitación del contrato referido, haciéndose constar, como plazo de presentación de ofertas, la del 23 de agosto de 2013.

Tercero. El 6 de julio se publicó en el Boletín Oficial del Estado el anuncio de la licitación del contrato reseñado, constando en él, como fecha límite de presentación de ofertas la del 21 de agosto de 2013.

De igual modo, se señalaba como fecha límite de obtención de documentación e información la del 14 de agosto de 2013.

Cuarto. El 8 de julio de 2013 se publicaron diversas modificaciones en el anuncio incluido en la Plataforma de Contratación del Estado; entre ellas, se encontraba la de la fecha de presentación de ofertas, que pasó a indicar la del 21 de agosto de 2013.

Quinto. El Pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación señalada reza en el apartado 9.1 de la hoja resumen, intitulado *“Plazo de presentación de proposiciones”*, indica como tal *“el señalado en el anuncio publicado en el BOE”*.

Sexto. ELECNOR, S.A. presentó su oferta el 22 de agosto de 2013. El 3 de septiembre de 2013 la Mesa de contratación acordó excluir de la licitación a la compañía, por haber presentado la documentación fuera plazo.

El acuerdo, notificado a la sociedad mencionada el 18 de septiembre de 2013, reza textualmente en su último párrafo:

<<Contra la presente resolución cabe interponer recurso especial regulado en el Libro I, Título I, Capítulo VI (Arts. 40 a 50), del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.>>

Séptimo. El 1 de octubre de 2013 tuvo entrada en el registro del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo escrito formulado por ELECNOR, S.A. en el que anunciaba la interposición de recurso especial en materia de contratación.

Octavo. El 4 de octubre de 2013, el órgano de contratación requirió a ELECNOR, S.A. a fin de que, en el plazo de tres días, acompañara copia del acto recurrido, lo que fue cumplimentado por la mencionada sociedad mediante escrito presentado el 9 de octubre de 2013.

Noveno. El 10 de octubre de 2013 tuvo entrada en el registro del órgano de contratación escrito de interposición formulado por ELECNOR, S.A.

Décimo. El expediente, con el informe del órgano de contratación, fue recibido en este Tribunal el 15 de octubre de 2013.

Undécimo. El 28 de octubre de 2013, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que entendieran pertinentes, sin que ninguna de ellas lo haya verificado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Este Tribunal es competente para resolver el presente recurso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, citado como TRLCSP).

Segundo. En tanto que destinataria del acuerdo de exclusión impugnado, ELECNOR, S.A. se halla legitimada para interponer el presente recurso con arreglo al artículo 42 TRLCSP.

Tercero. Tratándose de un contrato de servicios sometido a regulación armonizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.1 a) TRLCSP, el acuerdo de exclusión es susceptible de recurso especial a tenor de lo dispuesto en el artículo 40, apartados 1 a) y 2 b) TRLCSP.

Cuarto. Previa a cualquier disquisición sobre el fondo del asunto, y al tratarse de una cuestión de orden público, este Tribunal ha de pronunciarse acerca de si el recurso ha sido formulado dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 44.2 TRLCSP.

A este respecto, debe señalarse que el plazo de quince días ha de computarse desde el día siguiente a aquél en que se haya tenido conocimiento de la exclusión (artículo 44.2 b) TRLCSP), lo que en este caso tuvo lugar el 18 de septiembre de 2013. Teniendo en cuenta que sólo deben excluirse los domingos y los festivos, pero no los sábados (artículo 48.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; en adelante, LPC), el plazo para la interposición expiraba el 5 de octubre de 2013.

Con todo, este Tribunal constata que la notificación del acuerdo de exclusión fue defectuosa, al hacerse mención en ella únicamente de la posibilidad de interponer recurso especial, sin mencionar su carácter potestativo, ni el lugar y plazo en el que interponerse. En efecto, la notificación se limitó a remitirse a los preceptos del TRLCSP en los que se regula dicho recurso especial, pero ello no es suficiente para colmar las exigencias del artículo 58.2 LPC, que, con meridiana claridad, impone que contenga la *“indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos”*. Pueden citarse, en este orden de cosas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1981, 27 de febrero de 1990 y 27 de marzo de 2002, entre otras.

En esta tesitura, no queda sino concluir, de conformidad con el artículo 58.4 LPC, a entender que la notificación sólo surtió efecto cuando su destinataria interpuso el recurso pertinente (véase, por todas, resolución de este Tribunal 78/2013). Ha de estarse, pues, a la fecha en la que se presentó el anuncio del recurso especial (1 de octubre de 2013), coligiéndose de ello que la efectiva formalización del mismo (10 de octubre de 2013) tuvo lugar dentro del plazo de quince días.

Ningún óbice concurre, por lo tanto, al examen del fondo del asunto.

Quinto. El presente recurso se dirige frente a la exclusión de ELECNOR, S.A. del procedimiento de licitación, decretada por la Mesa en su reunión de 3 de septiembre de 2013, al haber presentado aquélla su oferta fuera del plazo establecido en la convocatoria.

La recurrente argumenta que presentó la oferta dentro del plazo que reseñaba el anuncio inicialmente publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, sin que tuviera noticia de la corrección de errores que luego se incluyó en aquél, invocando en apoyo de su pretensión el principio de seguridad jurídica.

A ello contesta el órgano de contratación insistiendo en que la oferta fue presentada fuera del plazo establecido en la convocatoria.

Sexto. El debate que se suscita en el presente recurso se contrae, exclusivamente, a determinar qué consecuencias tiene la publicación en la Plataforma de Contratación del Estado de una fecha tope para la presentación de ofertas que resulta ser errónea y que ulteriormente es rectificada.

En este orden de cosas, hemos de comenzar recordando que, como señalamos en nuestra Resolución 39/2013, *“el anuncio de licitación es un acto puramente instrumental por medio del cual se pone en conocimiento de los operadores económicos la existencia de los procedimientos de contratación, a fin de salvaguardar el principio de publicidad e, indirectamente, el de concurrencia, y con el propósito de que aquellos “evalúen si les interesan los contratos propuestos”.* En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2012 califica al anuncio como *“un acto de trámite en ejecución de los dispuesto en el pliego”*.

En suma, es el pliego, y no el anuncio, la *“lex contractus”*, la ley rectora de la licitación, que vincula a la Administración y a los licitadores (SSTS 19 de marzo de 2001, 18 de mayo de 2005 y 25 de junio de 2012, entre otras muchas), principio éste del que se infiere, en lógico corolario, que cualquier contradicción entre el Pliego y el anuncio ha de ser resuelto, como regla general, a favor del primero (cfr.: Sentencias de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2012 y de los TSJ de Castilla y León, Sala de Valladolid,

de 30 de enero de 2001 y 27 de octubre de 2006, de Andalucía, Sala de Málaga, de 2 de enero de 2007, entre otras).

Sentados estos presupuestos, y entrando ya a considerar las circunstancias del asunto que hoy nos atañe, hemos de recordar que el pliego de cláusulas se remitía, en cuanto a la fecha tope de presentación de ofertas, a lo que expresara el anuncio publicado en el BOE, en el cual, desde un primer momento, figuraba la del 21 de agosto de 2013. Ésta era, pues, de conformidad con la condición del pliego como *“lex contractus”* a la que acaba de hacerse referencia, la fecha a la que debían atenerse los licitadores, sin tomar en cuenta lo que pudieran indicar los demás anuncios.

Con todo, llegados a este punto, interesa aclarar que la aseveración anterior no implica, como parece abogar el órgano de contratación en su informe, que el anuncio oficial sea el que se inserta en el BOE y que los demás tienen siempre un valor meramente secundario. Tal postura, de hecho, resultaría incompatible, además de con los principios de publicidad, confianza legítima y seguridad jurídica (cfr., entre otros, artículos 9.3 CE, 3.1 LPC y 1, 53, 86 TRLCSP), con el espíritu general del TRLCSP, que otorga un valor fundamental a la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea prohibiendo incluir en los restantes información diferente de la que se haya hecho constar en él (artículo 142.3 TRLCSP) y que, asimismo, a lo largo de su articulado resalta el valor de la publicidad en el perfil del contratante (cfr., entre otros, artículos 38.2, 53, 151.4, 154.1 y 197.2 TRLCSP), llegándola a equiparar, incluso, a la que podría hacerse constar en periódicos oficiales (cfr., entre otros, artículos 141.2, 142.4, 190.b), 191, 192 TRLCSP, así como apartado 35 de la exposición de Motivos de la Directiva 2004/18/CE). Por el contrario, lo único que supone la postura de este Tribunal antes expuesta es que, en el caso sometido hoy a nuestra consideración, dada la redacción del pliego de cláusulas, era el anuncio publicado en el BOE el que marcaba el plazo de presentación de ofertas, y que, precisamente por el valor del pliego como *“ley del contrato”*, debía prevalecer sobre cualquier otro que pudiera resultar del resto de anuncios. Y ello con independencia de que, obviamente, no sería ajustado a Derecho incluir en estos otros anuncios información contradictoria con la incluida en el BOE (cfr., entre otras, Sentencia del TSJ de Cataluña de 15 de julio de 2009).

Siendo ello así, y dado que la oferta de la recurrente fue presentada una vez superado - por escaso margen, pero superado- el término fijado en la convocatoria, es obvio que ninguna infracción del Ordenamiento Jurídico puede apreciarse en el acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa.

Séptimo. A la conclusión anterior no obsta el hecho de que, inicialmente, y durante una semana, la Plataforma de Contratación del Estado publicara una fecha distinta (la del 23 de agosto de 2013) a la que se hiciera constar en el BOE.

Ello es así desde el momento en que la propia Administración convocante subsanó el error inicialmente padecido, en el ejercicio de la facultad que le reconoce con carácter general el artículo 105.2 LPC, en cuya virtud es posible *“rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”*. No plantea, desde luego, ninguna duda a este Tribunal que tal calificativo -el de error de hecho- es el adecuado, visto el tenor de la cláusula 9.1 del cuadro resumen del pliego, a la consignación en el anuncio inicial en la Plataforma de Contratación del Estado de la fecha del 23 de agosto de 2013 como tope para la presentación de ofertas. Como tampoco se suscitan respecto de que en este caso se dan los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (por todas, Sentencias de 2 de junio de 1995, 15 de marzo de 2005 y 22 de junio de 2011), al tratarse de una equivocación patente cuya constatación resultaba del propio expediente y, en concreto, ya desde el anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea en el que se hacía constar la fecha correcta del 21 de agosto, y que cerraba la vía, con arreglo al artículo 142.3 TRLCSP, a cualquier modificación sobre ese punto.

Tampoco la invocación del principio de seguridad jurídica que se esgrime por la recurrente puede alterar la conclusión anterior. Ciertamente, este principio, como el de confianza legítima -íntimamente relacionado con aquél, del que es una concreción (Dictámenes del Consejo de Estado de 4 de junio de 1992 y 4 de diciembre de 2003, entre otros)-, protegen al particular *“ante la alteración sensible de una situación en cuya durabilidad podía legítimamente confiarse, sin dar tiempo ni medios al afectado para reequilibrar su posición o adaptarse a la nueva situación”* (dictámenes del Consejo de Estado de 26 de junio de 2003, 14 de octubre de 2004 y 17 de marzo de 2011), imponiendo *“a la Administración la obligación de no tomar medidas contrarias a las*

expectativas inducidas por la razonable estabilidad en sus decisiones, en cuya función los particulares hayan adoptado una determinada conducta” (STS 8 de octubre de 2008).

Ocorre, empero, que en el caso sometido a nuestra consideración no se dan las condiciones exigidas por la Jurisprudencia para invocar eficazmente el principio de confianza legítima, toda vez que ésta no abarca las meras convicciones psicológicas del particular, sino que exige que las expectativas resulten de hechos concluyentes de la propia Administración (SSTS de 3 de marzo de 2011 y 22 de febrero de 2013). En este sentido, ha de insistirse en que, si es cierto que el perfil del contratante, durante una semana (desde el 1 de julio hasta el 8 de julio), incluyó como fecha de presentación de ofertas la del 23 de agosto de 2013, no lo es menos que el Diario Oficial de la Unión Europea y el Boletín Oficial del Estado recogieron invariablemente, desde un comienzo, la fecha correcta del 21 de agosto de 2013. En otras palabras, no había ninguna actuación concluyente sino más bien, una evidente contradicción entre los anuncios que cualquier licitador podía constatar, con lo que decae el presupuesto esencial de la aplicación del principio al que venimos haciendo referencia. En este orden de cosas, no puede dejarse de traer a colación la doctrina legal del Consejo de Estado, que niega que pueda desplegar su impronta el citado principio de confianza legítima cuando se trata de cuestiones polémicas, en las que la Administración mantiene tesis contradictorias (cfr.: Dictamen del Alto Cuerpo Consultivo de 3 de febrero de 2000).

Más aún, incluso aunque se admitiera que la inserción en el perfil del contratante de una fecha que contradecía la de los otros anuncios de la licitación puede tenerse, a los efectos que ahora nos interesan, como un hecho concluyente del órgano de contratación, tampoco habría de acogerse la tesis de la recurrente. Y ello porque sólo puede invocar la protección del principio de confianza legítima quien cumple las obligaciones y deberes propios (STS 1 de diciembre de 2003), lo que presupone que se haya comportado de forma diligente, pues no cabe amparar el error que pudo ser evitado (Sentencias de los TSJ de Galicia de 10 de marzo de 2011 y de La Rioja de 22 de noviembre de 2012). Y justamente, no es posible considerar que la actuación de la recurrente se haya ajustado a la diligencia exigible a cualquier interesado en participar en una licitación, toda vez que el más elemental grado de prudencia aconsejaba, visto el tenor del pliego, consultar el Boletín Oficial del Estado a fin de comprobar la fecha tope que en él se hacía constar y,

una vez verificado ello, y constatada la discrepancia entre ambos anuncios, bien podría haber solicitado aclaraciones al respecto al órgano de contratación.

Del mismo modo, y contra el parecer de la recurrente, este Tribunal aprecia que la mínima diligencia exigible a los interesados en contratar con la Administración impone a éstos la carga de efectuar un seguimiento de la licitación, cerciorándose de las eventuales vicisitudes que en el curso del procedimiento pueden surgir, y para cuya divulgación constituye una herramienta especialmente idónea la publicación en el perfil del contratante. En este sentido, no es superfluo resaltar que el error inicial fue subsanado transcurridos siete días desde la publicación, y cuando aún quedaba más de un mes para que expirase el plazo de presentación de ofertas, escapando a toda explicación racional que, durante todo ese lapso de tiempo, la recurrente no comprobara la situación del expediente en la Plataforma de Contratación del Estado.

En definitiva, al no existir ninguna expectativa razonable creada por el órgano de contratación (sino, todo lo más, una situación equívoca) y no haber, en todo caso, procedido la recurrente con la diligencia que le era exigible, no le es dado escudarse en el principio de confianza legítima para zafarse de la consecuencia de la extemporaneidad de su oferta. Sin duda, la cuestión podría arrojar un cariz distinto si el error no hubiera sido corregido por la Administración, hipótesis ésta en la que acaso aquél podría haber sido invocado con éxito (cfr, en este sentido, Informe 1/1999, de 18 de enero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Madrid), pero, como hemos visto, no es esto lo sucedido en el asunto que hoy resolvemos, razón por la cual no es preciso entrar en más disquisiciones sobre el particular.

El recurso, pues, debe ser desestimado, al ser conforme a Derecho el acuerdo impugnado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Desestimar el recurso interpuesto por la mercantil ELECNOR, S.A., contra el acuerdo de exclusión adoptado en el procedimiento de licitación del contrato de servicio de mantenimiento integral del centro nacional de verificación de maquinaria del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo en Vizcaya, ejercicios 2014-2015, con número de expediente PA 5/2013-3570.

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 sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.