



Recurso nº 152/2015

Resolución nº 281/2015

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 30 de marzo de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. F.I.C., en nombre y representación de la mercantil NEX CONTINENTAL HOLDINGS, y por D. V.D.R., actuando en nombre y representación de TRANSPORTES BACOMA, S.A.U., contra la resolución de aclaración del procedimiento abierto de contratación AC-CON-07/2014, del servicio público de transporte regular permanente de uso general de viajeros por carretera entre Murcia y Almería convocado por la Dirección General de Transporte Terrestre, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante resolución de la Dirección General de Transporte Terrestre de 26 de noviembre de 2014, publicada en el BOE y en la plataforma de contratación del Estado el día 28 de noviembre siguiente y en el DOUE el 2 de diciembre de 2014, se convocó licitación pública y se aprobó el pliego de condiciones que ha de regir para la adjudicación del contrato de servicio público de transporte regular de uso general de viajeros por carretera entre Murcia y Almería (nº expediente AC-CON-07/2014).

Segundo. En el anuncio de licitación se determinó como fecha límite de obtención de información y documentación y de presentación de ofertas el 21 de enero de 2015 a las 14 horas. Al proceso de licitación concurren once licitadores.

Tercero. El 30 de enero de 2015 la Dirección General de Transporte Terrestre dictó resolución de aclaración y concesión de un nuevo plazo de presentación de ofertas, en la que se relata:

“Esta unidad ha tenido conocimiento de varias preguntas acerca de la interpretación que debe darse a lo dispuesto en el Anexo V, punto 5, apartados c., d., y e. de dicho pliego de condiciones, relativos a la acreditación de la solvencia técnica y profesional exigida a los licitadores. Ante las dudas surgidas, este órgano de contratación considera necesario aclarar que, aunque en tales apartados se citan determinadas certificaciones concretas, por resultar las más habituales, se admitirá que los licitadores también puedan acreditar su solvencia a través de cualquier otra certificación o documento de prueba equivalente (...).”

Las modificaciones consisten en añadir a la exigencia de un certificado acreditativo del cumplimiento de una norma determinada de calidad la mención “o cualquier otro certificado equivalente expedido por un organismo establecido en cualquier estado miembro de la UE o cualquier otro documento que acredite medidas equivalentes de garantía de calidad”.

Sigue diciendo la resolución que “a fin de que aquellos interesados en la licitación que pudiesen albergar dudas al respecto tengan en cuenta esta aclaración, se considera necesario conceder un nuevo plazo para la presentación de ofertas, dándose a los interesados que ya han presentado proposiciones la opción de retirarlas o mantenerlas. En caso de que decidan mantenerlas serán custodiadas en la sede del Ministerio de Fomento, arbitrándose los medios que garantizan el carácter secreto de las mismas hasta el momento de su apertura.

El plazo para presentar ofertas finaliza a las 14 horas del día 1 de abril de 2015. Los actos públicos de apertura de proposiciones tendrán lugar en la sala de juntas de la planta 4º del Ministerio de Fomento, los días 17 (sobre nº2) y 30 (sobre nº3) de abril de 2015, ambas sesiones a las 12 horas, manteniéndose en todo lo demás el contenido de la resolución que no queda afectado por la presenta aclaración”.

Cuarto. Esta resolución fue publicada en el BOE de 31 de enero de 2015, en la plataforma de contratación del Estado el 2 de febrero de 2015 y en el DOUE el 5 de febrero de 2015.

Quinto. El 3 de febrero de 2015 la Subdirección General de Gestión, Análisis e Innovación del Transporte Terrestre comunica a los interesados que han presentado proposiciones la opción por retirarlas o mantenerlas.

Sexto. Mediante escrito fechado el día 18 de febrero de 2015, las empresas NEX CONTINENTAL HOLDINGS, S.L.U. y TRANSPORTES BACOMA, S.A.U. interpusieron recurso especial en materia de contratación contra la mencionada resolución.

Séptimo. El órgano de contratación presentó el correspondiente informe, fechado el 24 de febrero de 2015.

Octavo. En fecha 26 de febrero de 2015 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, sin que ninguno de ellos haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso ha sido presentado ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP.

Segundo. Debe entenderse que ha sido interpuesto por personas legitimadas para ello de conformidad con el artículo 42 del TRLCSP, puesto que se presenta por los representantes de dos entidades que conformaron una Unión Temporal de Empresas que concurrió a la licitación.

Tercero. El acto recurrido es la resolución de la Dirección General de Transporte Terrestre de 30 de enero de 2015 de aclaración y concesión de un nuevo plazo para la presentación de ofertas. Por lo tanto es susceptible de impugnación según lo dispuesto en el artículo 40 apartado 2 letra a) del TRLCSP.

Cuarto. Análisis del suplico.

Antes de entrar en el fondo del asunto procede realizar una reflexión sobre el suplico del recurso, mediante el que se solicita de este Tribunal:

“(…) se acuerde, en su mérito, la nulidad del anuncio BOE nº 27 de fecha 31 de enero de 2015 Sec. V-A pág. 3876 y en consecuencia, la convocatoria de una nueva licitación e los términos expresados”.

En la resolución de este recurso debemos partir de premisa de que la función de este Tribunal, como se deduce del art. 47.2 del TRLCSP, reviste naturaleza revisora, y por tanto se limita al examen de la legalidad del acto recurrido. El acto recurrido no es ni puede ser el anuncio, como relata el recurso, sino el acto de aclaración que posteriormente es publicado en el BOE, en la plataforma de contratación y en el DOUE.

No obstante, el principio pro actione impone la interpretación de los términos del suplico del recurso en el sentido más favorable a su admisión y al conocimiento sobre el fondo del asunto, que, teniendo en cuenta la potestad revisora de este Tribunal, únicamente puede derivar en una resolución de enjuiciamiento de la legalidad del acto de aclaración.

Quinto. El recurrente ha interpuesto el recurso el día 18 de febrero de 2015, dentro del plazo de los 15 días hábiles que fija el artículo 44 del TRLCSP, previo su anuncio ante el órgano de contratación el 17 de febrero de 2015

Sexto. El fondo del asunto versa sobre la potestad del órgano de contratación para modificar los requisitos de solvencia exigidos en este procedimiento y si esta alteración está amparada en la normativa que rige el contrato.

Pues bien, para la resolución de esta cuestión, ha de acudir al artículo 75.2 del RGLCAP, dispone:

“Cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos serán a cargo del órgano de contratación y se hará pública en igual forma que estos, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones.”.

Se trata entonces de determinar si la modificación llevada a cabo en el pliego puede acogerse al tenor de este precepto.

Como decíamos en nuestra resolución 133/2014, de 21 de febrero, FJ decimotercero:

“El artículo 75 del RGLCAP refiere dos conceptos, aclaración y rectificación. El segundo queda reconducido al artículo 105 de la Ley 30/1992. El término aclaración permite un mejor entendimiento de la resolución, pero no permite la modificación del acuerdo o disposición.”

Analicemos, en primer lugar, si puede tratarse de una rectificación:

La rectificación de errores materiales, aritméticos o de hecho está prevista en el art. 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que determina:

“Las Administraciones públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”.

La Jurisprudencia del TS ha acotado con restrictivo criterio el contorno de la figura de la rectificación de errores identificándola con “aquellos casos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, al deducirse con plena certeza del propio texto de la resolución, sin necesidad de hipótesis o deducciones”, o bien “meras equivocaciones elementales, que se aprecian de forma clara, patente, manifiesta y ostensible, evidenciándose por sí solos, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas”.

Es relevante por resumir y citar su postura, la STS (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 7ª) de 1 de octubre de 2012, FJ 5º.

“Tal como dijimos en la sentencia de 15 de marzo de en un supuesto parecido a éste, la jurisprudencia --nos remitíamos a la recogida por la sentencia de 5 de febrero de 2009, en su fundamento cuarto, con cita de otras precedentes y reproducción de lo dicho en la de 18 de junio de 2001 -- exige para que se pueda apreciar la existencia del error material que aquél precepto autoriza a rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte, los siguientes elementos:

"(...) el error material o de hecho se caracteriza por ser "ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por

exteriorizarse prima facie por su sola contemplación" (...), de manera que la aplicación del mecanismo previsto en el citado art. 105.2 de la Ley 30/1992 requiere que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias:

a) Que se trate de *"simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos"*.

b) Que el error *"se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte"*.

c) Que *"el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables"*.

d) Que *"no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos"*.

e) Que *"no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica)"*.

f) Que *"no padezca la subsistencia del acto administrativo es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión"*, que requiere un procedimiento específico previsto en los arts. 102 y ss. de la Ley 30/1992 .

g) Finalmente, se viene exigiendo *"que se aplique con un hondo criterio restrictivo (...)"*.

Del atento análisis de esta Jurisprudencia y su aplicación al supuesto de hecho controvertido, resulta que la rectificación de errores no es el medio idóneo, apto y natural para eliminar un supuesto problema interpretativo de los pliegos, según el órgano de contratación, pues la sola apreciación del supuesto dilema en la interpretación y su

intento de corrección ya supondría la aplicación de un juicio valorativo y una calificación jurídica que sobrepasarían el ámbito propio de la simple rectificación de un error.

Analicemos, a continuación, si puede tratarse de una aclaración, tal y como mantiene el órgano de contratación en la propia resolución recurrida y en su informe, apelando a *“la confusión de la que adolecía la redacción de la cláusula del Anexo V, punto 5, apartados c, d, y e del pliego de condiciones”*.

Y en este punto debe afirmarse que el tenor de la cláusula originaria era clarísimo y no admitía duda alguna en su interpretación, no contenía conceptos jurídicos indeterminados ni conceptos oscuros o susceptibles de diversas interpretaciones. Se refería de forma nítida a los concretos certificados que acreditaban la solvencia técnica exigida a los licitadores. Por otro lado, la adición que incorpora la resolución controvertida no aclara nada, no interpreta el contenido de las cláusulas del pliego, ni dice que determinado término haya de ser entendido en un sentido u otro. Lo que hace la resolución recurrida es añadir, no interpretar o aclarar.

En concreto, adiciona a los certificados exigidos en la redacción original “cualquier otro certificado equivalente expedido por un organismo establecido en cualquier Estado miembro de la UE o cualquier documento que acredite medidas equivalentes de gestión medioambiental”. Los certificados de cumplimiento de normas de garantía de calidad y de gestión ambiental a los que se refieren los artículos 80 y 81 TRLCSP son modos de acreditar la solvencia técnica de las empresas, o, si se prefiere, su aptitud para ejecutar el contrato. De este modo, amplía los modos de acreditación de la solvencia técnica, flexibilizando notablemente la forma de acreditación de la solvencia técnica. En definitiva, la resolución recurrida ha producido una modificación sustancial de las condiciones de acreditación de la solvencia técnica, y por tanto, ha modificado sustancialmente el pliego.

Séptimo. Plazos para la aclaración.

Pero aun considerando a efectos meramente dialécticos que pudiera tratarse de una resolución de aclaración, ha de ponerse de relieve que no se han cumplido los plazos determinados en el art. 75.2 del RCAP, que ordena que “debe computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones.”

Se refiere pues a un solo plazo, el plazo para la presentación de proposiciones, que según este precepto ha de volverse a computar desde el anuncio. Por tanto, no cabe al amparo de este precepto que pueda otorgarse un nuevo plazo que es distinto al inicial y que se otorga además una vez vencido aquél. Por tanto, no encaja en el precepto un supuesto como el enjuiciado, en el que el plazo para la presentación de ofertas expiró el día 21 de enero de 2015 y la resolución de dictó 10 días después, el 31 de enero de 2015.

Octavo. Inmodificabilidad de los pliegos.

Este Tribunal ha declarado reiteradamente que los pliegos que rigen determinada contratación no pueden, con carácter general, una vez aprobados, ser modificados por el Órgano de contratación, si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello y que serían, en principio, los tres siguientes (entre otras, resolución 160/2014, de 28 de febrero, FJ octavo:

- a) el cauce de la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos previsto, con carácter general, en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 75 del RGCAP;
- b) el cauce de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho previsto en el artículo 102 de la LRJPAC;
- c) y el cauce de la declaración de lesividad y posterior anulación ante la Jurisdicción Contencioso- Administrativa de los actos anulables previsto en el artículo 103 de la LRJPAC. Fuera de los casos de errores materiales, de hecho o aritméticos, no está el Órgano de contratación habilitado para modificar unilateralmente las cláusulas de los pliegos aprobados por el mismo, con la sola excepción de que la cláusula en cuestión fuera nula de pleno derecho o anulable, en cuyo caso habría de seguirse el procedimiento establecido al efecto.

En consecuencia, la resolución recurrida ha modificado el pliego a través de un cauce formal inadecuado y sin utilizar los procedimientos establecidos al efecto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación:

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

Primero. Estimar totalmente el recurso interpuesto contra la resolución de aclaración de 30 de enero de 2015 del procedimiento abierto de contratación AC-CON-07/2014, del servicio público de transporte regular permanente de uso general de viajeros por carretera entre Murcia y Almería. Declarar la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida.

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 de 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.