



Recurso nº 814/2017

Resolución nº 972/2017

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

En Madrid, a 19 octubre de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D.A.C.L. en representación de INDUSTRIAS CERDEIMAR, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del contrato de *"Suministro de conserva de sardina en aceite vegetal, en el marco del programa de ayuda alimentaria a las personas más desfavorecidas 2017- POFEAD 20142020"*, Expte. 15/2017 (89/2017), convocado por el Fondo Español de Garantía Agraria; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Fondo Español de Garantía Agraria anunció en el DOUE del día 12 de mayo de 2017 la licitación pública del contrato de suministros antes referido, con un valor estimado que asciende a 8.000.000,00 €.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los preceptos de la Ley de Contratos del Sector Público -cuyo texto refundido (TRLCSP en adelante) fue aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre- y con las demás normas de desarrollo aplicables a los poderes adjudicadores que tienen el carácter de Administración Pública.

Tercero. Iniciada la licitación, y presentada las ofertas por los licitadores, la Mesa de Contratación en sesión de 5 de mayo de 2017, acuerda, previa calificación de las ofertas, requerir a la empresa INDUSTRIAS CERDEIMAR, SL (en adelante la recurrente) con el fin de que acreditase las deficiencias observadas en la documentación referida a su solvencia técnica. En concreto se apreciaron los siguientes defectos:

· *«No cumple la solvencia técnica, por cuanto que en la declaración de 2015 y 2016 la cuota de mercado es inferior al 35% de la exigida en el pliego.*

· *No cumple la solvencia técnica, en cuanto que en el modelo 340 que presenta la empresa no se identifican los clientes recogidos en la declaración responsable de los ejercicios 2015 y 2016».*

Cuarto. La empresa responde al requerimiento el 10 de julio de 2017, y, en sesión de 11 de julio, la Mesa de contratación acordó excluir de la licitación a INDUSTRIAS CERDEIMAR, S. L *“por no haber subsanado los defectos del Sobre nº 1. Documentación general y referencias técnicas para los que fue requerida”* y así se lo comunicó al representante de la mercantil en el acto público de apertura de ofertas.

Quinto. El 13 de julio, después de solicitar aclaración mediante correo electrónico, la empresa anuncia la interposición del recurso especial en materia de contratación contra el acto por el que se le informa de la decisión de la Mesa. Interpuesto el recurso, este es tramitado con el número 743/2017. Con fecha 24 de agosto, y mediante resolución número 735/2017, se inadmite por no haberse interpuesto por vía electrónica, sino en papel directamente ante el Tribunal.

Sexto. El día 9 de agosto de 2017 se notifica al recurrente la Resolución de la Presidencia del FEGA por la que se adjudica el contrato de suministro y su exclusión del expediente. El día 10 de agosto de 2017 se anuncia la interposición de recurso contra la citada resolución, y el día 11 de agosto de 2017 tiene entrada, en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y Función Pública, escrito por el que la empresa interpone el recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación.

Séptimo. Se ha recibido por este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación. La Secretaría del Tribunal ha dado traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones.

Octavo. El día 24 de agosto de 2017 se ha dictado por el Tribunal resolución por la que se acuerda el levantamiento de la suspensión automática del acuerdo de adjudicación como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Segundo. Se recurre el acuerdo de exclusión dictado en procedimiento de un contrato de suministros sujeto a regulación armonizada, por lo que nos encontramos ante un acto recurrible por esta vía de conformidad con lo establecido en los artículos 15 y 40.2.b) del TRLCSP. Asimismo, se han cumplido las prescripciones de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. La empresa recurrente, no obstante la inadmisión del Recurso 743/2017 acordada por el Tribunal en su resolución de fecha 24 de agosto, ostenta legitimación para la interposición del presente recurso al amparo del artículo 42 del TRLCSP, que señala que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

Efectivamente, examinado el expediente administrativo, se observa que el acto recurrido en el Recurso 743/2017 no es un acto cualificado susceptible de impugnación, pues se impugna un correo electrónico donde se informa o aclara al recurrente que ha sido excluido del expediente de contratación. Comunicación que no contiene los elementos propios de un acuerdo de exclusión y ni ha sido dictada por el Órgano de Contratación. Por consiguiente, no es hasta la notificación del acuerdo de adjudicación donde se le notifica en debida forma la exclusión, dando, además, pie de recurso el Órgano de Contratación ante este Tribunal. Por consiguiente, es partir de este momento cuando al recurrente se le abre la posibilidad de interponer el recurso especial en materia de contratación al ser esta la primera notificación de un acto administrativo susceptible de

impugnación frente al que puede accionar en defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Cuarto. Examinado el recurso, se manifiesta en este que la resolución impugnada ha rechazado de manera errónea la oferta presentada por la mercantil, pues, tal y como se señala en el escrito que responde al requerimiento de subsanación, la recurrente presentó su oferta no por el total del crédito máximo disponible (8.000.000 €), sino por algo más de una tercera parte de dicho importe, 2.860.000 €, de acuerdo con lo establecido en el establecido en el apartado 3.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) que dice: *"El importe máximo que se destinará a la compra, IVA excluido, se señala a continuación. Por razones de operatividad, el importe por el que se oferte deberá alcanzar, al menos, una tercera parte del importe máximo disponible"*.

Se sigue alegando que la empresa, según declaración del 2015 y 2016 aportada, tiene una facturación de conservas de sardina en aceite vegetal de 1.745.760,50 € en el año 2015 y de 1.116.241,50 € en el año 2016, por lo que cumplimos sobradamente con lo establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (apartado 5.1 B) a) último párrafo) donde se dice textualmente: *"Los importes facturados en euros que figuren en la declaración responsable deberán alcanzar en cada uno de los dos años anteriores al de la fecha del presente pliego, 2015 y 2016, al menos, el 35 %, de la contraprestación económica máxima del valor del alimento al que se licita establecido en la tabla del punto 3.1."* En este caso, el valor del alimento al que se licita es de 2.860.000.-€, por lo que el 35% será de 1.001.000 € al menos en cada año. Es por ello que entendemos cumplido dicho requisito sobradamente.

También se manifiesta que se ha cumplido con la exigencia de identificar los clientes recogidos en su declaración responsable de los ejercicios 2015 y 2016, al haber presentado inicialmente el resumen de los modelos 340, los cuales, además, han sido aportados en soporte CD con el escrito de respuesta al requerimiento de subsanación.

Quinto. Por su parte, el órgano de contratación interesa la desestimación del recurso por ser el acuerdo de exclusión conforme a Derecho. Indica, resumidamente, que la cuestión

controvertida estriba en determinar si, como alega el recurrente, el requisito de solvencia técnica queda suficientemente acreditado con la justificación de haber realizado en 2015 y 2016 un volumen de negocio superior al 35% del importe de su oferta económica o, si por el contrario, el PCAP exige acreditar un volumen de negocio superior al 35% del importe máximo que el FEGA destinará a la compra que según la cláusula 3.2. asciende a 8.000.000 €. Es decir, si para alcanzar la solvencia técnica mínima basta con acreditar anuales ventas superiores a 1.001.000 € (equivalentes al 35% de su oferta de 2.860.000 €) o si, por el contrario, es preciso acreditar ventas anuales de, al menos, 2.800.000 € (equivalentes al 35% del importe máximo destinado a la compra ascendente a 8.000.000 €).

Según el órgano de contratación, de las cláusulas del PCAP no puede sino deducirse que los porcentajes requeridos para acreditar la solvencia técnica han de aplicarse sobre la contraprestación económica máxima fijada en el PCAP, y no sobre la oferta que realizan los licitadores. Por lo que se actuó en todo momento con escrupuloso sometimiento a los pliegos que rigen la contratación, pues examinada la documentación aportada en fase de subsanación, sólo acreditaba una facturación de conservas de sardina en aceite vegetal de 1.745.760,50 € en 2015 y de 1.116.241,50 € en 2016, palmariamente inferior al mínimo exigido en el pliego (2.800.000 € en cada uno de los dos años). En consecuencia se adoptó el único acuerdo acorde con el ordenamiento jurídico, excluir a INDUSTRIAS CERDEIMAR, S.L. del proceso de contratación

Sexto. Entrando al fondo del recurso, como bien señala el órgano de contratación, la solución a la controversia suscitada por el presente recurso pasa por la interpretación de las cláusulas del PCAP. Con carácter previo al examen de las cláusulas no podemos dejar de señalar que, constituye doctrina sentada por este Tribunal (Resolución 620/2017, de 7 de julio) que los Pliegos constituyen la ley del contrato, en primer lugar como expresión de los principios generales esenciales que rigen las relaciones nacidas de la convención de voluntades, tales como el sintetizado en el brocardo «*pacta sunt servanda*», con sus corolarios del imperio de la buena fe y del *non licet* contra los actos propios y, en segundo lugar, que en su interpretación es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil, cuyo artículo 1.281 establece que si los términos del

contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá de estarse al sentido literal de sus cláusulas. (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 marzo 2001, de 8 junio de 1984 o sentencia de 13 mayo de 1982). Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 8 de julio de 2009 se refiere a la interpretación literal o teleológica (si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato.

Son numerosas las resoluciones (por todas: 303/2012, 17/2013, 25/2013, 30/2013, 167/2014 y 962/2015) en las que se afirma que los contratos públicos son, ante todo, contratos, y las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil.

Así mismo, como hemos señalado en otras resoluciones (valga de referencia la nº 147/2011), al examinar si las cláusulas del pliego adolecen de ambigüedad y, por tanto, pueden ser objeto de interpretaciones distintas, hay que partir de *“que los pliegos de un procedimiento de licitación constituyen un conjunto de normas, y así, para conocer el significado de una cláusula, es necesario considerarla junto con aquellas otras que estén relacionadas con la misma”*.

También hemos de reseñar que la doctrina jurisprudencial más general ha señalado que las normas o reglas de interpretación de los contratos contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil, constituyen un conjunto o cuerpo subordinado y complementario entre sí, de las cuales tiene rango preferencial, y prioritario, la correspondiente al párrafo primero del artículo 1281 del Código Civil. De tal manera, que si la claridad de los términos de un contrato no dejan dudas sobre la intención de las partes, no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas de los artículos siguientes, que vienen a funcionar con carácter subsidiario, respecto a la que preconiza la interpretación literal.

En Sentencia número 197/2007, de 1 de marzo (RJ 2007,1618) la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ya decía que *“Como tantas veces ha tenido ocasión de decir esta Sala, si la claridad de los términos de un contrato no dejan dudas sobre la intención de las partes no cabe la posibilidad de huir del canon de la literalidad en la interpretación hacia la búsqueda de intenciones, motivos o finalidades no expresas. Es doctrina que se deduce, entre otras, de las Sentencias de 23 de enero de 2003 (RJ 2003, 567) , 18 de julio de 2002 (RJ 2002, 6255), 12 de julio (RJ 2001, 5162) y 13 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 9355) , 18 de mayo (RJ 1999, 3351) y 24 de junio de 1999 (RJ 1999, 4891), etc. La preferencia de las palabras sobre la conducta, cuando aquéllas son claras, ha sido también afirmada en muchas otras decisiones (Sentencias de 25 de febrero de 1995 [RJ 1995, 1643], 8 de junio de 2000 [RJ 2000, 4404] , 24 de mayo de 2001 [RJ 2001, 3376] , etc.), y también se ha dicho que la regla del artículo 1281 CC (LEG 1889, 27) trata de evitar que so pretexto de una acción interpretativa sea alterada una declaración de voluntad absolutamente clara (Sentencias de 20 de febrero de 1999 [RJ 1999, 1347], 30 de septiembre de 1993 [RJ 1993, 6754], 9 de julio de 1994 [RJ 1994, 5603], 15 de octubre de 1999 [RJ 1999, 7428], entre otras).”*

En definitiva, hay que priorizar la interpretación literal de las cláusulas de los Pliegos cuando estas son los suficientemente claras y no dejan lugar a dudas, sobre el resto de instrumentos que prevén los artículos 1282 y siguientes del Código Civil que actuarían de forma subsidiaria cuando tal claridad no concurre (Resolución 962/2015). Así lo entendió este Tribunal en la Resolución 147/2011, de 25 de mayo, donde decíamos que *“es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido literal, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido de las cláusulas del pliego aquí discutidas.”*

Es por ello que, en atención a lo expuesto, se ha de desestimar el recurso interpuesto, pues la claridad de las cláusulas del PCAP no dejan lugar a dudas de que el importe sobre el que se ha de calcular la solvencia técnica de los licitadores es el de la contraprestación máxima fijada en los Pliegos, y no el del precio que estas ofrezcan para el suministro en su oferta económica.

Así resulta de la cláusula 5.1.A.b) que señala que *“Los documentos que acrediten ante el órgano de contratación correspondiente su solvencia económica y financiera. Este requisito se acreditará mediante declaración responsable del empresario de que el volumen anual de negocios que figura en las cuentas depositadas en el Registro Mercantil, referido al año 2015, es igual o superior al establecido en la siguiente tabla:*

Tipo de alimento	Volumen de negocios mínimo (€)
Conserva de sardina en aceite vegetal	8.000.000,00

Y de la cláusula 5.1.B.a) que indica que *“Solvencia técnica, que se acreditará mediante un informe de Nielsen u otro informe de mercado similar donde se indique para los dos años anteriores al de la fecha del presente pliego, 2015 y 2016, la cuota de mercado (importes facturados en euros) de la empresa licitadora para el alimento del lote al que se licite. Dicha cuota debe alcanzar en cada uno de los dos años, al menos, el 35 % de la contraprestación económica máxima del valor del alimento al que se licita establecido en la tabla del punto 3.1. [...] Los importes facturados en euros que figuren en la declaración responsable deberán alcanzar en cada uno de los dos años anteriores al de la fecha del presente pliego, 2015 y 2016, al menos, el 35 %, de la contraprestación económica máxima del valor del alimento al que se licita establecido en la tabla del punto 3.1.”*

Y los puntos 3.1 y 3.2 afirman: *“3.1. El presente contrato se adjudicará mediante procedimiento abierto y tramitación urgente, de acuerdo con lo regulado en los artículos 112, 138.2 y 157 a 161 del TRLCSP. La selección del adjudicatario se realizará conforme a lo dispuesto en el artículo 150 del citado texto legal.*

3.2. El importe máximo que se destinará a la compra, IVA excluido, se señala a continuación. Por razones de operatividad, el importe por el que se oferte deberá alcanzar, al menos, una tercera parte del importe máximo disponible.”

Tipo de alimento	Importe máximo (€)
Conserva de sardina en aceite vegetal	8.000.000

Por consiguiente, de las cláusulas del PCAP arriba consignadas resulta que el único importe de referencia para calcular la solvencia técnica es el de 8.000.000 de euros, sin que de su texto haya expresión alguna que pueda inducir a pensar que había que tomar como parámetro el de la cuantía o precio que ofreciesen los licitadores, por lo que el acuerdo de exclusión es ajustado a Derecho. Es criterio consolidado de este Tribunal el que establece la obligación de adecuar las ofertas presentadas a lo establecido en los Pliegos, siendo la consecuencia necesaria de este incumplimiento la exclusión de la oferta presentada al no adecuarse a las especificaciones establecidas por el órgano de contratación. Tal y como decíamos en la Resolución 107/2015, de 30 de enero, *"tanto el incumplimiento del PCAP como del PPT dará lugar consecuentemente a la exclusión del licitador."* En el mismo sentido Resolución número 179/2017, de 17 de febrero.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar recurso interpuesto por D.A.C.L. en representación de INDUSTRIAS CERDEIMAR, S.L., contra el acuerdo de adjudicación del contrato de *"Suministro de conserva de sardina en aceite vegetal, en el marco del programa de ayuda alimentaria a las personas más desfavorecidas 2017- POFEAD 20142020"*, Expte. 15/2017 (89/2017), convocado por el Fondo Español de Garantía Agraria

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.