



Recurso nº 1124/2017

Resolución nº 1182/2017

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

En Madrid, a 15 de diciembre de 2017

VISTA la reclamación interpuesta por D.^a A.P.R., en representación de la mercantil ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A.U., contra acuerdo de adjudicación de 12 de septiembre de 2017, decretado en el procedimiento negociado previa convocatoria de licitación del contrato de “*Servicio de Contact Center de AENA, S.A.*” convocado por la entidad AENA, S.A., Expte. DEA 91/17, con un importe máximo de licitación de 1.710.000,00 € (IVA excluido); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 21 de marzo de 2017, el Consejo de Administración de AENA, S.A. acordó la iniciación del expediente y aprobó los pliegos rectores de la contratación por procedimiento negociado con previa convocatoria de licitación para el servicio de Contact Center de AENA, S.A., con un importe de licitación de 1.710.000,00 € (impuestos excluidos) y un plazo de ejecución de tres años.

Segundo. La licitación fue anunciada mediante publicación en los medios oficiales, así se procedió a su envío al DOUE, el 3 de mayo de 2017 y se publicó en el B.O.E. nº 96 de 22 de abril de 2017. La fecha límite para la presentación de proposiciones quedó señalada en el día 16 de mayo de 2017, a las 13:30 horas.

Tercero. Dentro del plazo para la presentación de ofertas, concurrieron la ahora recurrente ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A.U. y la empresa ABANTE BUSINESS PROCESS, S.L. Tras los trámites de evaluación de la documentación



administrativa de los licitadores y evacuado el informe técnico con fecha 13 de junio de 2017, habiendo superado ambas licitadoras la calidad técnica mínima, se procedió a la apertura pública de las ofertas económicas.

La mercantil ABANTE BUSINESS PROCESS, S.L. presentó su oferta económica por un importe de 1.504.800,01 €, e incorporando un compromiso en cuanto al plazo de ejecución de los trabajos por quince días, ante lo cual, se le realizó un requerimiento de subsanación para la aclaración del plazo de ejecución del contrato, que fue matizado por un plazo de tres años, tal y como exige el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Con posterioridad a dicha apertura AENA invitó a los licitadores a mejorar su oferta económica, de conformidad con el proceso de selección de ofertas previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, realizando un total de dos solicitudes de mejora (26 de julio y 2 de agosto de 2017).

Cuarto. La mesa de contratación, previo estudio de las ofertas presentadas elevó como propuesta de adjudicación al Consejo-Consejero Delegado de AENA la adjudicación del contrato de servicio a favor de la mercantil ABANTE BUSINESS PROCESS, S.L., por un importe de 1.384.019,57 €, por un plazo de tres años.

Quinto. Con fecha 7 de noviembre de 2017, la mercantil ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A.U., presentó en el registro electrónico de este Tribunal reclamación contra el acuerdo de adjudicación por considerar que la oferta de la adjudicataria debió ser excluida y por ende, insta la retroacción del expediente para decretar la adjudicación a favor de su proposición.

Sexto. Recibido en este Tribunal el expediente junto con el informe del órgano de contratación se dio traslado a la otra licitadora concurrente para que en el plazo de cinco días hábiles formulase las alegaciones que a su derecho conviniese. Se han presentado alegaciones en tiempo y forma, por parte de una de la licitadora adjudicataria ABANTE BUSINESS PROCESS, S.L., expresivas de la legalidad de la adjudicación de la oferta, por lo que insta expresamente, primero la inadmisión de la reclamación por



extemporaneidad, y segundo, su desestimación por considerar la reclamación carente de viabilidad jurídica.

Séptimo. Mediante Resolución decretada por delegación por la Secretaria de este Tribunal con fecha 24 de noviembre de 2017 se acordó mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP, de forma que, según lo establecido en el artículo 47.4 del texto citado, será la resolución del recurso la que acuerde su levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Dado que AENA AEROPUERTOS, S.A. tiene la condición de una Sociedad Mercantil Estatal que desarrolla actividades de gestión aeroportuaria en los términos previstos en el artículo 12 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, y el expediente a que se refiere la reclamación es un contrato de servicios incluido en el ámbito de aplicación de esta norma, por la categoría (servicios de telecomunicaciones de aeropuerto; artículo 15.1 y Anexo II A-5 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre) y el importe (superior a 400.000,00 euros, artículo 16.a) de la misma norma), la competencia para resolver la reclamación corresponde a este Tribunal en virtud de la previsión del artículo 101.1 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre (en adelante LCSE), en relación con el artículo 41.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP)

Segundo. El recurso se interpone contra el acuerdo de adjudicación decretado por el órgano de contratación, resultando esta una actuación administrativa impugnada por medio de esta reclamación (artículo 101 de la LCSE).

Tercero. La mercantil recurrente goza de legitimación activa para la interposición del recurso en aplicación del artículo 102 de la LCSE. El recurso se ha formalizado dando cumplimiento a las formalidades procedimentales, entre ellas, el plazo para su interposición del artículo 104 LCSE, pues la notificación de la adjudicación a la reclamante y así consta en el expediente se realizó el 18 de abril de 2017 por lo que habiendo

formalizado la reclamación el 3 de noviembre, se ha respetado el plazo máximo de quince días otorgado por el mencionado precepto legal.

Cuarto. En el recurso se alega por parte de la defensa de la mercantil ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A.U. que el acuerdo de adjudicación implica una infracción grave de los principios rectores de la contratación administrativa, pues se ha permitido una vez abierta la oferta económica introducir una variación sustancial en la misma, en especial, en lo tocante al plazo de ejecución del contrato, ya que la adjudicataria había concretado su oferta para quince días y, no para todo el plazo de ejecución del contrato que según el PCAP se extiende a tres años.

En este sentido, el escrito de formalización de la reclamación presentada por la mercantil recurrente se funda en la necesaria exclusión de la oferta económica de la adjudicataria por considerar que la misma se hallaba incurso en un error insubsanable, el referido al plazo de ejecución del servicio.

De contrario, el informe del órgano de contratación suscrito por el Jefe División de Contratación con el visto bueno del Director de Contratación de AENA el 21 de noviembre de 2017 considera que la primera oferta económica abierta en el procedimiento negociado con licitación erraba en un defecto material, patente, manifiesto y por ende, subsanable, para lo cual, la mercantil fue requerida, pues con evidencia se manifestaba que no era una oferta económica para un plazo de quince días, sino que por razón de la propia cuantía propuesta con claridad, se colegía que se refería a la extensión temporal de todo del plazo de ejecución del servicio fijado en el PCAP para tres años y así se concretó además en el propio anuncio de la licitación.

Quinto. Procede, en definitiva, que este Tribunal analice las alegaciones presentadas en el escrito de formalización de esta impugnación, para determinar si se ha de estimar o, en su caso, desestimar la presente reclamación y, por consiguiente, evaluar la legalidad de la adjudicación.



Prima facie, hemos de recordar, bajo el principio de legalidad que ha de impregnar todas las actuaciones administrativas por imperativo constitucional (artículo 103 CE), el carácter preceptivo no sólo predicable de los pliegos de cláusulas administrativas particulares (PCAP) sino también de los de prescripciones técnicas (PPT). Así se ha precisado en reiteradas Resoluciones de este Tribunal, sirva de ejemplo la nº 387/2017, de 28 de abril.

Recordemos el valor vinculante de los Pliegos, auténtica *lex contractus*, con eficacia jurídica no sólo para la Administración convocante sino también para cualquier interesado en el procedimiento de licitación, con especial intensidad en las empresas licitadoras concurrentes.

Siguiendo el criterio fijado ya por este Tribunal, acorde con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha precisado que el PCAP es la Ley que rige la contratación entre las partes y al Pliego hay que estar, respetar y cumplir, sin que por ello se contravenga el principio de concurrencia ni el de igualdad (Resolución 47/2012, de 3 de febrero, recursos 18 y 19/2012).

En efecto, abundando en dicha afirmación, hemos de traer a colación la Resolución 253/2011, - citada en otras, *ad exemplum*, Resoluciones nº 390/2015, de 24 de abril y nº 1124/2015, de 4 de diciembre. *“a los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, es menester recordar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia, los pliegos constituyen ley del contrato 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 los 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 que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982).*



Jurisprudencia más reciente como la que se deriva de la Sentencia de la Sección 4ª, 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 parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y el contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para juzgar la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato.

En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, 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 del pliego de cláusulas aquí discutidas”.

En este sentido, hemos de citar lo dispuesto en el artículo 145.1 del todavía aplicable TRLCSP, que establece que las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el Pliego y que su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones sin salvedad o reserva alguna. Además, el apartado 2 de este precepto preceptúa que: “Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 148 y 182 en cuanto a la información que debe facilitarse a los participantes en una subasta electrónica o en un diálogo competitivo”.

Pues bien, bajo el amparo de la preceptividad de los Pliegos, en especial de cómo se ha de presentar la documentación reflejado en el PCAP, hemos de analizar si la actuación de la mercantil adjudicataria puede ser dispensada por tratarse de un mero error con efectos no invalidantes de su oferta.



A este respecto, hemos de destacar los siguientes apartados del cuadro de características anejo al PCAP:

- **Cláusula 3ª PCAP. Plazo de ejecución:** *“El plazo de ejecución del contrato será el fijado en el apartado C) del Cuadro de Características que encabeza este Pliego”.*
- **Apartado C) del cuadro de características:** *“Plazo de ejecución: Tres (3) años + 2 prórrogas anuales”.*

En estos términos fijados preceptivamente por los pliegos hemos de medir las consecuencias jurídicas de las ofertas económicas hechas por las licitadoras dentro de los parámetros de un procedimiento negociado con publicidad en el que el poder adjudicador, AENA, S.A. ha de moverse para alcanzar la adjudicación a favor de la proposición económica más ventajosa, mediante el procedimiento de subasta electrónica.

Sexto. Por lo que se refiere a la subsanación de los errores materiales, aritméticos o de hecho en que se encuentran incursas las ofertas económicas y sobre su carácter eventualmente subsanable hemos de traer a colación la doctrina de este Tribunal que ha fijado los contornos de una hipotética matización o corrección siempre que no implique una alteración de los elementos esenciales de aquéllas.

Este Tribunal, así como otros también competentes en materia de contratación pública, ha ido elaborando una ya sólida doctrina en el sentido de que el principio antiformalista que ha de presidir el procedimiento de licitación pública exige que el órgano de contratación, antes de decidir la exclusión de un licitador, solicite aclaraciones al mismo sobre su oferta, pero sólo en aquellos casos en que, a la vista de la presentada, los defectos que se hayan observado sean exclusivamente de carácter formal o meros errores de cuenta, que puedan ser aclarados sin necesidad de ampliar ni modificar la oferta inicialmente presentada (resolución nº 876/2014 citada por la reciente resolución nº 840/2017).



Efectivamente el artículo 84 del RGLCAP, relativo a la actuación de la Mesa de contratación en relación con la apertura de proposiciones, establece que *“si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, comportase error manifiesto en el importe de la proposición, o existiese reconocimiento por parte del licitador de que adolece de error o inconsistencia que la hagan inviable, será desechada por la Mesa en resolución motivada. Por el contrario, el cambio y omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o lo otro no altere su sentido no será causa bastante para el rechazo de la proposición”*.

Si bien es cierto que el artículo del citado Reglamento sólo prevé la subsanación de defectos o errores en la documentación administrativa, y no en la oferta económica, en algunas ocasiones la jurisprudencia ha admitido la subsanación de defectos en la oferta económica, pero como indicamos, entre otras, en resolución nº 164/2011 de 15 de junio (recurso 125/2011), *“no debe perderse de vista que esta exige que, en todo caso, tales errores u omisiones sean de carácter puramente formal o material. Ello es lógico, pues de aceptarse subsanaciones que fueran más allá de errores que afecten a defectos u omisiones de carácter fáctico o meramente formal, se estaría aceptando implícitamente la posibilidad de que las proposiciones fueran modificadas de modo sustancial después de haber sido presentadas. Tal posibilidad es radicalmente contraria a la filosofía más íntima de los procedimientos para la adjudicación de contratos públicos, pues rompe frontalmente con los principios de no discriminación, igualdad de trato y transparencia que de forma expresa recogen los arts. 1 y 123 de la Ley de Contratos del Sector Público”*.

A ello debe añadirse, como señalábamos en la resolución nº 246/2011 citada en la nº 787/2017 que *“En cualquier caso, y reconociendo que existe algún caso en que la jurisprudencia ha aceptado subsanar defectos observados en otra documentación presentada por los licitadores, lo que resulta absolutamente claro es que una vez conocidas las ofertas presentadas por el resto de licitadores y la puntuación otorgada a cada una de ellas, es del todo implanteable que se pueda aceptar modificación alguna en la oferta del licitador”*.



Lo cierto es que en este caso no se aprecia la existencia de errores u omisiones graves y ostensibles que deban determinar necesariamente la exclusión de la licitadora, sino un mero error en la concreción del plazo de ejecución de los servicios y que, a lo sumo, han de llevar al poder adjudicador, -tal y como lo hizo- a solicitar las oportunas aclaraciones, pero en ningún a su exclusión, pues además no hemos de olvidar que no se ha variado sustancialmente el contenido de la oferta y que el precio propuesto en la primera oferta cubre con rigor la extensión temporal de la duración del servicio por tres años.

Séptimo. Refuerza la tesis expuesta, esto es, la viabilidad jurídica de subsanación de la oferta económica, el hecho de que además nos hallamos ante un procedimiento negociado con publicidad, en el que uno de los aspectos susceptibles de negociación es el precio, que ha de determinarse a favor de la proposición económica más ventajosa, mediante la técnica de la subasta electrónica permitida en el PCAP. La cláusula 3.2 del pliego explicita que realizada la apertura de las ofertas económicas, AENA, S.A. podrá solicitar mejoras económicas de su oferta a aquellos licitadores cuya puntuación técnica sea igual o superior al mínimo de calidad técnica indicado en el apartado i) del Cuadro de Características de este pliego.

La subasta electrónica está permitida en el artículo 35 de la Directiva 2014/24/UE transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y por la que se transponen las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE 9-11-2017), que entrará en vigor, como regla general, el 9 de marzo de 2018.

A tenor del párrafo 1º del artículo 35 de la Directiva 2014/24/UE – y en similares términos el artículo 143 de la Ley 9/2017-, *“Los poderes adjudicadores podrán utilizar subastas electrónicas, en las que se presenten nuevos precios, revisados a la baja, o nuevos valores relativos a determinados elementos de las ofertas.*

Con este fin, los poderes adjudicadores estructurarán la subasta electrónica como un proceso electrónico repetitivo, que tendrá lugar tras una primera evaluación completa de

las ofertas y que les permitirá proceder a su clasificación mediante métodos de evaluación automatizados”.

En el supuesto que se revisa, se observa que AENA, S.A. como poder adjudicador y dado que el procedimiento de adjudicación elegido en los pliegos es el negociado con previa convocatoria, puede utilizar la subasta electrónica por mor de lo establecido en el artículo 148 del todavía aplicable TRLCSP. De esta forma, el artículo 148.2 del TRLCSP prescribe que: *“La subasta electrónica podrá emplearse en los procedimientos abiertos, en los restringidos, y en los negociados que se sigan en el caso previsto en el artículo 170 a), siempre que las especificaciones del contrato que deba adjudicarse puedan establecerse de manera precisa y que las prestaciones que constituyen su objeto no tengan carácter intelectual. No podrá recurrirse a las subastas electrónicas de forma abusiva o de modo que se obstaculice, restrinja o falsee la competencia o que se vea modificado el objeto del contrato”.*

En conclusión y dado que las ofertas técnicas presentadas por ambas partes fueron admitidas, abiertas las proposiciones económicas y subsanado el defecto en que estaba incurso la presentada por ABANTE BUSINESS PROCESS, S.L., la subasta electrónica siguió su curso hasta la consecución de la oferta económica más ventajosa de acuerdo con lo previsto en los artículos 148 y 151 del TRLCSP.

Lógico corolario de todo lo anteriormente expuesto, nos conduce a la desestimación de las alegaciones presentadas en la reclamación y por ende, a la confirmación de la legalidad de la adjudicación realizada a favor de ABANTE BUSINESS PROCESS, S.L.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar la reclamación interpuesta por D.^a A.P.R., en representación de la mercantil ATENTO TELESERVICIOS ESPAÑA, S.A.U., contra acuerdo de adjudicación de 12 de septiembre de 2017, decretado en el procedimiento negociado con publicidad

del contrato de “*Servicio de Contact Center de AENA, S.A.*” convocado por la entidad AENA, S.A., por estimar que la referida adjudicación es conforme a Derecho.

Segundo. Levantar la suspensión decretada por Resolución de 24 de noviembre de 2017.

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 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.