



Recurso nº 044/2010

Resolución nº 02/2011

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

En Madrid, a 19 de enero de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por Don A. R. F., en representación de INGESAN, SA y por Don R. V. P., en la que ostenta de OBRASCÓN HUARTE LAIN S.A. contra la resolución de 20 de Octubre de 2010, del Director General del Instituto de Técnica Aeroespacial (INTA) por la que se adjudicaba el expediente nº 5000800775500 titulado "Limpieza general del Instituto", el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 24 de Julio de 2010 licitación para adjudicar por procedimiento abierto el servicio de limpieza de su sede.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, resolviéndose mediante resolución 20 de Octubre de 2010, del Director General del Instituto de Técnica Aeroespacial (INTA) por la que se adjudicaba definitivamente el expediente nº 5000800775500 titulado "Limpieza general del Instituto" procediendo a la adjudicación a favor de la entidad LOS DUENDES MADRILEÑOS S.A.

Tercero. La citada resolución fue notificada mediante fax a la recurrente el día 5 de Noviembre, haciendo constar únicamente la adjudicación producida sin acompañar la resolución del órgano de contratación. Según se reconoce en el propio recurso, la actora no toma conocimiento de la resolución hasta el día 11 de Noviembre, en que reconoce haber recibido la notificación. Con fecha 17 del mismo mes se anuncia la interposición del

recurso especial en materia de contratación, cosa que se verifica definitivamente mediante escrito con fecha de entrada en el registro general del INTA de 19 de Noviembre de 2010, por el que solicitaba dejar sin efecto la adjudicación recurrida, así como adjudicar el servicio a la empresa recurrente.

El citado recurso se recibió en el registro de este Tribunal, con fecha de 22 de Noviembre de 2010, acompañado del correspondiente expediente y del informe del órgano de contratación.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las otras empresas que habían participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. La representación de la adjudicataria alegó cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó oportunos, terminado con la solicitud de que se desestime la pretensión de la parte recurrente. La otra licitadora, FERROVIAL SERVICIOS S.A. no ha hecho uso de su derecho.

Quinto. Con fecha 1 de Diciembre de 2010, el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 315 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de uno de los licitadores, no adjudicatario del contrato. (Artículo 312 de la LCSP)

Segundo. La interposición se ha producido dentro de plazo legal del artículo 314.2 de la Ley de Contratos del Sector Público al no haber transcurrido entre la notificación de la resolución y la interposición del mismo el plazo de quince días hábiles toda vez que en el expediente de contratación consta la fecha fehaciente de recepción de la notificación mediante fax por la recurrente (5 de Noviembre) y que ésta anunció la interposición del recurso mediante escrito presentado el día 17 ante el Registro del INTA habiendo entrado el escrito de interposición en el mismo registro el día 19.

Tercero. De conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Cuarto. Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que este se ha interpuesto contra la resolución de adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada cuya tramitación se ha realizado prescindiendo de la distinción que recogía la ley con anterioridad a la reforma operada por la Ley 34/2010, en la que desapareció la anterior adjudicación provisional. En efecto, el acto que se recurre es la adjudicación del contrato, la cual, de acuerdo con el artículo 310 de la Ley de Contratos del Sector Público es siempre susceptible de este tipo de recursos. (Artículo 310.2 c)

Ahora bien, en el presente procedimiento la determinación del régimen jurídico del contrato hace aflorar una cuestión no planteada por la recurrente, cual es la de la adecuación procedimental. A este respecto debe traerse a colación la doctrina sentada por este Tribunal en resoluciones anteriores (por todas Resolución 1/2010) en la que se sigue la doctrina establecida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 45/10, de 28 de septiembre de 2010, de conformidad con el cual para determinar el régimen jurídico aplicable al contrato deberá estarse a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Contratos del Sector Público que establece que:

“Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato. En el caso de procedimientos negociados, para determinar el momento de iniciación se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos”.

Bien es cierto que esta norma se refiere, en principio, a las disposiciones anteriores a la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, pero ninguna razón hay para no aplicarla también a las modificaciones que dicha Ley experimente como consecuencia de reformas posteriores, en especial cuando, como en este caso, no existe norma expresa que contradiga el criterio anterior.

Como consecuencia de ello los expedientes que de conformidad con la Disposición transitoria primera deban considerarse iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, -situación que se produce en el expediente de contratación de referencia puesto que la entrada en vigor de la norma se produjo el 9 de Septiembre de 2010 y el anuncio de licitación tuvo lugar el 24 de Julio- se regirán por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, y, por tanto, el procedimiento de adjudicación a que de lugar debería tramitarse de conformidad con la redacción anterior de la misma. Ello supone que debería respetarse la existencia de dos adjudicaciones, provisional y definitiva.

No obstante, en estricto cumplimiento del principio de congruencia del artículo 317.2 de la Ley de Contratos del Sector Público, el Tribunal no se va a pronunciar sobre esta cuestión, no planteada por las partes. Además, a los efectos del presente recurso la cuestión resultaría irrelevante puesto que el recurrente ha hecho uso de su derecho de defensa sin ningún obstáculo por lo que, estando en presencia de una resolución impugnada, procede resolver sobre el fondo de la cuestión planteada.

Quinto. La cuestión de fondo que se plantea en el recurso interpuesto contra la resolución del Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial se refiere a la exclusión de la Unión Temporal de Empresas formada por las dos recurrentes como consecuencia del incumplimiento de *"lo estipulado en el pliego de prescripciones técnicas, punto seis, al no aportar los servicios por horas de las diferentes categorías y oficios presentes en este servicio"*. La exclusión supuso que no se valorara su oferta, una vez abiertos los sobres correspondientes a las ofertas económicas de los licitadores.

El contenido de la citada cláusula sexta del pliego de prescripciones técnicas es el siguiente: *"la empresa adjudicataria presentará en la oferta el coste por hora para cada una de las categorías descritas: encargado/a, cristalero/a y limpiador/a. Este coste servirá como referencia para el cálculo de servicios extra que se pudieran solicitar o para penalizaciones por incumplimiento de la jornada mínima"*.

Las empresas recurrentes centran sus alegaciones en el hecho de que la simple lectura del punto sexto del pliego de prescripciones técnicas exige admitir que se refiere a información que debe aportar la empresa adjudicataria, no a documentación que deba aportarse por los licitadores. Arguye en defensa de su criterio que en otros puntos del

pliego de prescripciones técnicas se hace referencia a documentos que deben aportar los licitadores o las empresas participantes en el procedimiento abierto. Por tanto, el pliego distingue perfectamente cuándo la documentación debe ser aportada por los licitadores y cuándo debe ser aportada por el adjudicatario. Invoca la existencia de un error por parte de la Administración y sostiene que dicho error en ningún caso puede ser utilizado para perjudicar al administrado según la jurisprudencia. Añade finalmente que de acuerdo con las cláusulas décima y décimo tercera del pliego de cláusulas administrativas particulares, en las que se hace referencia a la documentación que debieron presentar las empresas licitadoras, así como el modelo a emplear en la realización de la oferta económica (sobre núm. dos) no se podía concluir la necesidad de aportación de la información a que se hacía referencia en el punto sexto del pliego de prescripciones técnicas y que motivó su exclusión. En consecuencia de todo ello solicita la anulación de la adjudicación efectuada en el presente contrato, así como la adjudicación en favor de la propia recurrente.

En el informe evacuado por el órgano de contratación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 316.2 de la Ley de Contratos del Sector Público se afirma que la alegación anterior carece de fundamento pues el punto sexto del pliego de prescripciones técnicas que regían el contrato se ubicaba sistemáticamente dentro de la parte del mismo relativa a la documentación a entregar con la oferta y, por lo tanto, se refería a documentación que había de presentarse por todo licitador en el sobre dos. Entiende igualmente el órgano de contratación que carecería de sentido el cumplimiento de este requisito a posteriori, esto es después de la adjudicación, pues considera que se trata de un requisito necesario para adjudicar el contrato de acuerdo con los criterios objetivos señalados en la cláusula nueve del pliego de cláusulas administrativas particulares. De lo contrario no se podrían cuantificar las mejoras relativas a horas por año que ofrece el recurrente. Añade, por último, que este defecto era insubsanable puesto que después de la apertura de las proposiciones económicas la Unión Temporal de Empresas podía mejorar las ofertas ya realizadas por los demás licitadores, lo que sería contrario al principio de igualdad.

Finalmente la empresa adjudicataria interesa la desestimación del recurso y plantea varias cuestiones. La primera se refiere a la indefensión que se le ha causado como

consecuencia de la falta de traslado de los documentos que la recurrente cita y aporta y del escrito presentado el 10 de Noviembre de 2010. Reconoce la poco afortunada redacción del contenido del punto sexto del pliego de prescripciones técnicas pero invoca la interpretación realizada por la recurrente en procedimientos similares realizados con anterioridad. Aporta, en este sentido, documentación que acreditaría que la misma Unión Temporal de Empresas si aportó la referencia a los precios por hora en otro procedimiento anterior bajo una cláusula de contenido similar. Por otro lado, también sostiene la adjudicataria que no hubiera sido posible no consignar el precio unitario de las horas si se tiene en cuenta las penalizaciones existentes en el pliego de prescripciones técnicas, y sostiene que tanto la otra empresa licitadora no adjudicataria como la adjudicataria del contrato sí habían cumplido con lo establecido en el punto sexto del pliego de prescripciones técnicas. En apoyo de sus alegaciones presenta documentación y solicita que se oficie al Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial para que emita certificación o informe respecto o a la falta de respuesta a varios escritos que ha presentado y a otros extremos similares. El Tribunal considera innecesaria esta prueba para resolver la presente litis.

Sexto. Para resolver el presente recurso es necesario partir de una consideración previa como es que este Tribunal debe enjuiciar únicamente la conducta que el poder adjudicador y los licitadores han tenido en el seno del procedimiento de adjudicación que le sirve de base. En este sentido, la conducta del recurrente en otros procedimientos de selección de contratistas no tiene influencia en la resolución que se dicte en el presente recurso, puesto que de la misma manera que puede alegarse su error en la interpretación del pliego que ha regido este contrato también podría sostenerse lo contrario.

Tampoco se observa indefensión alguna para la adjudicataria quien ha podido en todo momento hacer uso de su derecho a instruirse debidamente en la causa.

Sentado lo anterior, se ha de partir de la base de que, en efecto, el pliego de prescripciones técnicas ordena que sea el adjudicatario el que aporte la información por cuya virtud se ha producido la exclusión del recurrente.

Una interpretación literal del punto sexto del pliego de prescripciones técnicas abona, sin duda, la conclusión a la que éste llega. Pero en la interpretación de los contratos públicos

no siempre basta con acudir a una mera interpretación literal de las cláusulas. Sobre la interpretación de los contratos en general y sobre la de los contratos públicos en particular ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia en múltiples ocasiones. No podemos olvidar que los contratos públicos son, ante todo, contratos y que las dudas que ofrezca su interpretación deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, cuyo artículo 1.288 exige que tal interpretación se haga en el sentido más favorable para la parte que hubiera suscrito un contrato –en este caso para cualquiera de los licitadores puesto que es necesario respetar el principio de concurrencia-, ya que su oscuridad no puede favorecer los intereses de quien la ha ocasionado (sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000 que sigue una línea consolidada en sentencias como las de 2 noviembre 1976, 11 octubre y 10 noviembre 1977, 6 febrero y 22 junio 1979 y 13 abril y 30 mayo 1981).

En este sentido es menester recordar, en primer lugar, que de acuerdo con una inveterada jurisprudencia los pliegos constituyen la 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 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 deja 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 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 contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para

juzgar de la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato.

Séptimo. La aplicación de los criterios legales de interpretación de los contratos supone en el presente caso que el procedimiento de selección del contratista debió sujetarse a lo expresamente establecido en los pliegos. En efecto, de su lectura se deduce que la determinación del precio por hora de los servicios debía presentarse por el adjudicatario, sin que se hiciera referencia en ningún momento a los licitadores. De hecho, en el propio pliego de prescripciones técnicas, que según hemos dicho constituye la «ley del contrato» con fuerza vinculante para ambas partes (sentencia del Tribunal Supremo de 11 abril 1984), se establece claramente que las razones por las cuales es necesario conocer el coste por hora de las distintas categorías es "*que este coste servirá como referencia para el cálculo del importe de servicios extra que se pudieran solicitar o para penalizaciones por incumplimiento de la jornada mínima.*" Y en este sentido, el Tribunal entiende que la intención evidente de los contratantes resulta de esta última mención. El órgano de contratación manifiesta que necesita conocer esta magnitud para poder calcular cuánto le van a costar otros servicios extraordinarios que, dentro del objeto del contrato y amparados por éste, pudiera solicitar durante su ejecución y generaran una obligación consecuente de abono al contratista, o bien para conocer de qué manera debe calcular las penalizaciones derivadas del incumplimiento de la jornada mínima, incumplimiento que sólo puede tener lugar durante la ejecución del contrato.

En suma, la intención real de los contratantes avala la interpretación literal de la cláusula del pliego por lo que, coincidiendo ambas, debe entenderse que ésta es la interpretación correcta. Otra solución conduciría a apoyar la necesidad de que los licitadores interpretaran el pliego en contra de su contenido literal. Esta solución implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, al perjudicar al licitador que ha respetado el contenido de la cláusula del pliego.

Por esta razón no es posible admitir el razonamiento realizado por el órgano de contratación en su informe. Aun cuando sea cierto que el punto sexto del pliego se encuentra situado bajo la rúbrica *documentación a entregar con la oferta* también lo está bajo la rúbrica más genérica de *documentación a entregar*. En ningún momento se hace una referencia expresa en el pliego al hecho de que la información contenida en el citado

punto sexto deba aportarse en el sobre que contenga la oferta económica y, por ello, nada obsta a que la referencia a los costes de las horas pueda hacerse más tarde, una vez adjudicado el contrato. Además, la mención a este extremo tampoco se contiene en el modelo de oferta económica recogido en el pliego de cláusulas administrativas particulares, de lo que es prueba evidente el hecho de que los otros dos licitadores hayan recogido la referencia a estas magnitudes de manera diferente, pues uno de ellos lo ha hecho en un anexo y otro a continuación de la oferta económica. En definitiva, no existe en realidad ningún error de la Administración en la redacción del pliego, sino sólo una oscuridad derivada de su ubicación y, por eso, la actuación del recurrente fue congruente con la real intención de los contratantes. Puede concluirse, en fin, que fue incorrecta la exclusión y la no valoración de su oferta económica por el órgano de contratación, puesto que en el pliego de cláusulas administrativas particulares no se configuraba el coste por hora del servicio como un elemento fundamental para adjudicar el contrato, sino como una magnitud necesaria para su ejecución. Tanto en el pliego de cláusulas administrativas particulares como entre los criterios de valoración a que se refiere el folio 122 del expediente de contratación se omite cualquier referencia a la necesidad de contar con la información relativa al precio por hora para resolver el procedimiento de adjudicación, puesto que los tres criterios que se tienen en cuenta son, en primer lugar, el precio, respecto del cual es evidente que la mención al coste total es suficiente, en segundo lugar, el número de limpiadoras, que nada tiene que ver con esta cuestión y como tercer criterio, las mejoras del servicio sin coste adicional, respecto de las cuales conocer cuánto van a costar es obviamente innecesario.

La anterior conclusión es corroborada por el hecho de que la exclusión del licitador una vez abierta su oferta económica sólo puede tener por causa un error que suponga una alteración sustancial del procedimiento de contratación, con incidencia determinante en las condiciones de participación de los distintos interesados, cosa que no ocurre en el presente caso. Incluso si la proposición económica fuera defectuosa, no podría ser desechada cuando el error producido no implicase la imposibilidad de determinar el precio ofrecido para la ejecución del contrato.

Octavo. Sin embargo, es diferente la pretensión de la parte actora relativa a que por este Tribunal se proceda a ordenar la adjudicación del contrato a su favor. Entre la

documentación obrante en el expediente de contratación no figura ninguna valoración de su oferta. Es la propia Administración contratante la que se debe pronunciar sobre esta cuestión, puesto que la resolución de este Tribunal ha considerado que dicha oferta debió ser valorada en su momento. Consecuentemente lo que procede en derecho es ordenar la retroacción de las actuaciones hasta el momento de la valoración de las tres ofertas económicas presentadas por los tres licitadores, incluyendo esta vez la de la recurrente, y dictando la resolución que proceda según los pliegos. Esta solución no supone perjuicio alguno para ninguno de los licitadores en la medida en que los tres volverán a ser valorados de acuerdo con las estrictas condiciones establecidas en los pliegos, y a que dicha valoración se plasmará en una nueva adjudicación, la cual también podrá ser objeto del pertinente recurso.

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. R. F., en representación de INGESAN, SA y por Don R. V. P., en la que ostenta de OBRASCÓN HUARTE LAIN S.A. contra la resolución de 20 de Octubre de 2010, del Director General del Instituto de Técnica Aeroespacial (INTA) por la que se adjudicaba definitivamente el expediente nº 5000800775500 titulado "limpieza general del Instituto", anulando el acto de adjudicación recurrido y ordenando la retroacción del procedimiento de contratación al momento de valoración de las ofertas económicas con el fin de que pueda ser valorada la del recurrente. Se desestima la pretensión conducente a la adjudicación del contrato por este Tribunal.

Segundo. Acordar el levantamiento de la suspensión del expediente de contratación concedida por este Tribunal mediante acuerdo de fecha 1 de Diciembre de 2010.

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.