



Recurso nº 220/2012

Resolución nº235/2012

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 31 de octubre de 2012.

VISTA la reclamación interpuesta por D. J.P.R. en representación de AUTOPULLMAN PADRÓS S.A. contra la resolución de 2 de octubre de 2012 del Comité de Inversiones de Correos S.A., por la que acuerda rescindir la adjudicación del lote 3 a la entidad reclamante con nº de referencia SV120001-L03-P01, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha 9 de marzo de 2012 se dictó el acuerdo de inicio del expediente de contratación del servicio de traslado del personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos. El importe de la licitación era de 1.287.400 € y el plazo de ejecución de 24 meses.

El anuncio de licitación fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea y también en el Boletín Oficial del Estado con fecha 21 de marzo del 2012. Asimismo se realizó la publicación en el perfil de contratante.

Segundo. Tras la presentación de las pertinentes ofertas por los licitadores que concurrieron a cada uno de los lotes en que estaba dividido el contrato, en el caso del lote 3, que es el que atañe a esta reclamación, se observó la posible concurrencia de una baja anormal en la oferta como consecuencia de la aplicación de las reglas establecidas en los pliegos reguladores del contrato para estos casos. Ante esta circunstancia se solicitó del licitador que había hecho la oferta económicamente más ventajosa, que resultó ser la de la ahora reclamante, que justificara la posibilidad de realización del

servicio en los términos establecidos en su oferta, cosa que la entidad reclamante realizó mediante escrito presentado el 14 de junio de 2012.

Tercero. Como consecuencia de ello, el día 25 de junio de 2012 se dicta la resolución del Comité de Inversiones de Correos por la que se acuerda la adjudicación del contrato de referencia a la empresa reclamante en lo que se refiere al lote nº 3. En dicha resolución se le solicita la constitución de la garantía definitiva establecida en el pliego por un importe del 20% del valor de la oferta seleccionada, al tratarse de una empresa que incurrió inicialmente en baja anormal.

La notificación de la adjudicación se realizó con fecha 26 de junio de 2012, comenzando posteriormente la ejecución del servicio, pero surgiendo ciertos problemas en relación con la constitución de la garantía definitiva exigida.

En efecto, con la notificación se había comunicado a la entidad reclamante cuál era la documentación que debía presentar para proceder a la formalización del contrato que incluía el documento que acreditase la constitución de la garantía definitiva.

Cuarto. Con fecha 2 de julio del 2012 la entidad reclamante dirige un escrito a la entidad contratante declarando su intención de acogerse a la modalidad de constitución de garantía definitiva en metálico mediante retención del precio. Esta petición es reiterada posteriormente el 1 de agosto del 2012, desglosando las cantidades que deben ser retenidas por mensualidades hasta el mes de noviembre del presente año.

Quinto. Con fecha 3 de septiembre de 2012 Correos contesta señalando que el pliego de condiciones generales que rige la contratación establece la obligación de constituir y acreditar la constitución de la fianza previamente a la formalización del contrato. Continúa señalando que en el apartado 17.1 del pliego se establece que la garantía puede constituirse en metálico o mediante aval bancario como únicas opciones. Señala también que en relación a la discutida aplicación del artículo 96.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público debe tenerse en cuenta que tal artículo se refiere únicamente a las garantías de los contratos celebrados con las Administraciones Públicas, no siendo Correos una Administración Pública. Añade también que el meritado artículo sólo admite la prestación de la garantía mediante esta fórmula de retención en el

precio cuando así estuviera previsto en los pliegos. Como consecuencia de ello requiere al adjudicatario para que a la mayor brevedad posible y, en todo caso, antes del 10 de septiembre presente la garantía por un importe de 64.160 € correspondiente al 20% del importe de la adjudicación.

La entidad reclamante no constituyó la garantía en los términos planteados por Correos y como consecuencia de ello en fecha 2 de octubre de 2012 el Comité de Inversiones de la Sociedad Estatal dictó una resolución, que es la resolución recurrida en este procedimiento, por la que se acuerda la rescisión de la adjudicación del contrato y una nueva adjudicación al licitador que había obtenido la segunda puntuación.

Sexto. No estando de acuerdo con tal resolución, la entidad reclamante presenta en el registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales su reclamación con fecha 11 de octubre de 2012. El día anterior, el 10 de octubre, había anunciado la interposición de la reclamación a Correos.

Séptimo. La Secretaría del Tribunal, en fecha 18 de octubre de 2012, dio traslado de la reclamación interpuesta a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniese, habiendo evacuado el trámite Autocares Izaro S.A. alegando en esencia la vinculación de los licitadores al contenido de los pliegos que rigen la contratación y el incumplimiento de los plazos para presentar la documentación por el adjudicatario lo cual ya sería, en su opinión, motivo suficiente para excluir a la entidad reclamante.

Octavo. Interpuesta la reclamación, con fecha 17 de octubre este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 103 y 105 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 101.1 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, en relación con el artículo 41.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, habida cuenta de que la Sociedad

Estatal Correos y Telégrafos S.A. tiene la condición de empresa pública estatal que desarrolla las actividades postales contempladas en el artículo 11 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

Segundo. Debe entenderse que la reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada para ello, pues la ahora reclamante concurrió a la licitación e incluso resultó adjudicataria del lote nº 3. Por tanto, debe considerarse titular de un interés legítimo que puede verse afectado por la resolución recurrida. Concorre así en la entidad reclamante la legitimación requerida por el artículo 102 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

Tercero. Se han cumplido los requisitos de plazo para el anuncio e interposición de la reclamación, previstos en el artículo 104 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

Cuarto. La presente reclamación se interpone al amparo de lo dispuesto en la Ley 31/2007 y tiene por objeto dos cuestiones que coinciden fundamentalmente con lo alegado por la entidad reclamante en los motivos de su reclamación. En primer lugar la entidad reclamante considera que debe mantenerse la adjudicación del contrato y no procederse a su rescisión, en la medida en que la exigencia de una garantía definitiva del 20% del importe ofertado no resulta exigible conforme a derecho en la medida en que la Ley antes mencionada, que rige los procedimientos de contratación en los sectores especiales, no regula específicamente esta circunstancia y, en consecuencia, no sería posible jurídicamente introducir esta previsión en los pliegos.

Continúa señalando la entidad reclamante que esta garantía complementaria ni siquiera está ya prevista en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y que sólo se recogía en el antiguo Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, considerando la doctrina que es manifiesta la expresa voluntad del legislador de acabar con esa fórmula de la garantía complementaria para los casos en que se haya producido una baja anormal.

Afirma igualmente la entidad reclamante que ha ofrecido la constitución de la garantía mediante retención en el precio, sistema recogido explícitamente en el artículo 96.2 del texto refundido. Partiendo de este criterio e invocando la existencia de ciertos problemas de tesorería que le afectarían, solicita que le sea aplicada esta modalidad de constitución

de la fianza y que, por tanto, al haber ofrecido la constitución de garantía en tiempo y forma, no se debería haber procedido a la resolución de la adjudicación. Invoca finalmente la entidad reclamante que la prestación del servicio ya había comenzado y que se estaba realizando de conformidad con las estipulaciones del pliego.

Quinto. Antes de resolver las dos cuestiones planteadas por la entidad reclamante es necesario conocer, aunque sea de manera breve, el contenido de los pliegos que regularon la licitación. En cuanto al pliego de condiciones generales aprobado por Correos merece la pena destacar, en primer lugar, el artículo tercero, que establece que la presentación de las ofertas supondrá la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de las cláusulas o condiciones de los pliegos sin reserva alguna. Esta es una fórmula que es recogida en multitud de contratos del sector público y que es una manifestación directa del principio de que los pliegos son la “*lex contractus*” en virtud del cual 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.

En segundo lugar, en la cláusula 15.2 del pliego de condiciones generales se establece cuál es la consecuencia para el caso de que la adjudicataria incumpliera las condiciones previstas en el pliego que sean previas a la firma del contrato, para el caso de que no suscribiera el mismo o bien para el caso de que su ejecución no se iniciara en los términos en que fue adjudicado. Pues bien, para todos estos supuestos se prevé la posibilidad de que el órgano de adjudicación adopte la decisión que corresponda, pudiendo, en todo caso, adjudicar el contrato al licitador o licitadores siguientes, por el orden en que hayan quedado clasificadas sus ofertas, siempre que ello sea posible y que el nuevo adjudicatario haya prestado su conformidad.

En este sentido, el propio pliego de condiciones generales establece, como uno de los documentos que inexcusablemente debe presentar el licitador que resulte adjudicatario del contrato, el que acredite la constitución de la garantía definitiva. Tal garantía, de acuerdo con la cláusula 17 del pliego, debe ser constituida en el plazo de 10 días y por el importe que se indique en cada caso en la resolución de adjudicación. En el párrafo

segundo de la cláusula 17.1 se establece taxativamente que la garantía podrá constituirse en metálico o mediante aval prestado por alguno de los bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito, establecimientos financieros de créditos y sociedades de garantía recíproca autorizados para operar en España. El contenido del aval se ajustará al modelo que figura en el anexo segundo del pliego de condiciones generales.

Finalmente, por lo que se refiere al pliego de condiciones generales resulta trascendente la cláusula 24 en la que se establece que en cuanto a la preparación y adjudicación este tipo de contratos se regirá en primer lugar por el propio pliego y en su defecto por lo dispuesto en la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación de los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. No cabe la menor duda de que la constitución de la garantía se inserta en la fase de adjudicación del contrato.

En cuanto al pliego de prescripciones técnicas, documento que también tiene carácter contractual y al que son aplicables las mismas prescripciones por ser la ley reguladora del contrato que antes mencionamos, se establece en la cláusula 7 las consecuencias de que la oferta de algún licitador pueda ser calificada como una baja anormal. En este caso, si la oferta finalmente resultó elegida como adjudicataria se establece que se exigirá una garantía definitiva equivalente al porcentaje de baja propuesta aplicado sobre el importe de adjudicación y nunca inferior al 20% de dicho importe, excluido el IVA o cualquier otro impuesto indirecto equivalente, la cual sustituirá a la que figura en el cuadro de características de la contratación.

Sexto. En vista de todo lo anterior en la resolución de adjudicación que antes hemos mencionado se aplica al lote 3, que es el afectado por la presente reclamación, la obligación de constituir una garantía definitiva por un importe del 20% de la oferta de adjudicatario. Tal decisión no se produce exclusivamente en el lote 3, sino que también en los lotes 7, 8 y 9 que tiene lugar tal circunstancia. Por tanto, cabe afirmar que la aplicación de este criterio es uniforme por parte de Correos en todos los lotes del contrato y, en consecuencia, en todos los supuestos en que se observa una oferta anormalmente baja, que no obstante merece la adjudicación del contrato, se aplica esta garantía más elevada al estar prevista en el propio pliego.

Es menester recordar que la citada cláusula ya fue objeto de análisis de manera indirecta por este Tribunal en su resolución 63/2012. Aunque en tal resolución no se planteaba la licitud de la misma, se afirmaba de manera clara que *“en cuanto a la exigencia de la garantía definitiva -69.673,65 €-, la misma se ajusta al importe establecido al efecto en el apartado J del cuadro de características del pliego de condiciones generales, al cual se remite la cláusula 17.1 del pliego citado, pues la referencia que hace la recurrente a la cláusula 8.3 in fine del pliego de condiciones técnicas se refiere a la garantía definitiva a exigir al adjudicatario en el supuesto de que su oferta económica se haya considerado inicialmente anormal o desproporcionada, lo cual, como hemos visto, no es aplicable al adjudicatario del contrato ahora impugnado.”*

Séptimo. La afirmación de la entidad reclamante en el sentido de que la falta de mención de la garantía complementaria en la Ley de Contratos del Sector Público evidencia que el legislador ha querido que la misma desaparezca del ordenamiento jurídico, no puede ser acogida a la vista de todo lo expuesto. La Ley de Sectores Especiales no recoge explícitamente esta posibilidad, como tampoco lo hace el texto refundido, pero ello no significa que, cuando de la aplicación de la Ley 31/2007 se trate, no se pueda exigir una garantía como la señalada en el pliego.

No podemos olvidar que el texto refundido no es aplicable supletoriamente a la Ley de Sectores Especiales, la cual no contiene ni una sola mención en este sentido. Por ello, es criterio de este Tribunal que ante la falta de mención explícita o de prohibición concreta en el texto legal, debe regir el principio de libertad de pactos que consagra el Código Civil. Por lo tanto, sería perfectamente posible que los pliegos reguladores del contrato contuviesen la exigencia de prestar una garantía por una cuantía superior a la establecida normativamente para los supuestos en que se haya producido una oferta anormalmente baja, de modo que el licitador que acepta los pliegos mediante la participación voluntaria en la licitación está obligado, en caso de resultar adjudicatario, a cumplir con lo establecido en ellos.

Por otro lado, si el licitador no estuviera de acuerdo con la inclusión de este tipo de cláusula en los pliegos, podría recurrirlos invocando los fundamentos de derecho que considerase pertinente. Pero no habiéndose producido ninguna impugnación de los pliegos, se ha aceptado de manera tácita el contenido de los mismos, ya sea mediante la

participación en la licitación, ya mediante sus actos propios como adjudicatario, al haber ofrecido la constitución de la garantía por ese importe, aunque fuese en otra forma distinta de la prevista en los pliegos.

Ante estas circunstancias no cabe posteriormente recurrir contra la inclusión en los pliegos de esta fórmula especial de garantía agravada o simplemente pretender, como hace la entidad reclamante, que dicha estipulación de los pliegos no sea aplicable como consecuencia de un silencio de la norma legal. La vinculación del licitador a los pliegos no impugnados es una tesis mantenida de manera constante por nuestra Jurisprudencia pudiendo citarse en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) de 28 septiembre 2004 o la de 19 de marzo de 2001 que cristalinamente señala:

"Esta Sala Tercera ha recordado, en sentencia de 6 de febrero de 2001, la consolidada doctrina jurisprudencial en cuya virtud el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieran impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus "propios actos", cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones, que obviamente, pretendía "

La misma doctrina ha sido aplicada de manera constante por este Tribunal, por ejemplo en su Resolución nº 163/2012.

En consecuencia debe responderse en sentido desestimatorio al planteamiento de la primera cuestión, considerando que el adjudicatario estaba obligado a constituir una garantía por el importe establecido en los pliegos sin que pueda considerarse que dicha inclusión sea contraria a derecho.

Octavo. En cuanto a la segunda cuestión, es decir, a la posibilidad de aplicación de la modalidad de prestación de la garantía mediante retención en el precio, es necesario afirmar que el artículo 96.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que es el que invoca la entidad reclamante para sostener la posibilidad de constitución de la garantía mediante retención en el precio, está ubicado en el Capítulo I del Título IV de tal norma, que se ocupa de las garantías a prestar en los contratos celebrados con las Administraciones Públicas. En consecuencia, incluso en el caso de que tal ley resultase aplicable al presente caso, únicamente podría serlo respecto de los contratos adjudicados por las entidades que tuvieran la calificación de Administración Pública, no teniendo Correos tal calificación.

Y además, por si no fuera suficiente con lo anterior, la lectura del precepto excluye la posibilidad de aplicarlo al caso puesto que en él se establece que la posibilidad de utilización de la retención en el precio como medio de constitución de la garantía debe estar contenida explícitamente en el pliego. Como antes hemos expuesto, en el pliego rector de este contrato tal posibilidad no estaba contemplada por lo que el precepto no es en modo alguno aplicable, de manera que ante esta conclusión es indiferente que esta modalidad pueda calificarse como una modalidad independiente o como una forma de constitución de la garantía en metálico.

Por todo lo expuesto deben desestimarse las dos alegaciones planteadas por la parte reclamante y mantener la resolución recurrida en todos sus términos.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar, por los argumentos de esta resolución, la reclamación interpuesta por D. J.P.R. en representación de AUTOPULLMAN PADRÓS S.A. contra la resolución del 2 de octubre de 2012 del Comité de Inversiones de Correos S.A., por la que acuerda rescindir el contrato adjudicado a la entidad reclamante con nº de referencia SV120001-L03-P01 por considerar que la meritada resolución es ajustada a derecho.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con el artículo 106.4 de la Ley 31/2007.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la Ley 31/2007.

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.