



Recurso nº 100/2013 C.A. Cantabria 003/2013

Resolución nº 093/2013

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

En Madrid, a 5 de marzo de 2013.

VISTO el recurso interpuesto por D. N. J. R. S. E., en representación de la empresa SERVICIOS INTEGRALES DE TRANSPORTES NRJ CANTABRIA, S.L.(en adelante, NRJ o la recurrente), contra los pliegos para la contratación del servicio de "*Recogida y transporte de muestras biológicas y valija de los centros adscritos a la Gerencia de Atención Primaria*" (Expediente 2012.2.10.04.0004), del Servicio Cántabro de Salud, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por acuerdo del Director Gerente de Atención Primaria del Servicio Cántabro de Salud, se convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE, en el BOE y en el Boletín Oficial de Cantabria, los días 24 y 29 de enero y 4 de febrero de 2013, respectivamente, licitación para contratar el servicio de *Recogida y transporte de muestras biológicas y valija de los centros adscritos a la Gerencia de Atención Primaria*. Corresponde a la categoría 2 del Anexo II del TRLCSP y su valor estimado es de 627.233,62 euros. Se trata, pues, de un contrato sujeto a regulación armonizada.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante) -aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre-, así como en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos del Sector Público y en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.



Tercero. Previo anuncio al órgano de contratación, NRJ presenta el 11 de febrero, con entrada en el registro de este Tribunal el 13 de febrero, escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación contra el anuncio de licitación y los pliegos por discordancia entre los anuncios publicados, cálculo erróneo del precio del contrato y disconformidad con el régimen de penalidades y con la posibilidad de modificación del contrato. Solicita que se anule la licitación convocada y, provisionalmente, que se proceda a la suspensión cautelar de la misma.

Cuarto. El expediente, junto al informe del órgano de contratación, se recibió en este Tribunal el 20 de febrero. El mismo día se acuerda la concesión de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se recurren los pliegos en un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, susceptibles de recurso especial de acuerdo con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 de dicha ley y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma de Cantabria y publicado en el BOE el 13 de diciembre de 2012.

Segundo. La recurrente tiene legitimación para hacerlo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una empresa de transportes con la clasificación requerida para concurrir a la licitación. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. La recurrente fundamenta su impugnación de los pliegos en que:

1. En los anuncios publicados en el BOE y el Boletín Oficial de Cantabria, se indica que el contrato es de tramitación “ordinaria”, mientras que en el perfil del contratante consta la tramitación como “anticipada”, por lo que el error debe ser subsanado “para no causar perjuicio a los posibles licitadores”.



2. Hay un cálculo erróneo del precio del contrato ya que la cifra de los importes facturables por mensualidad es distinta en cada año.
3. El régimen de penalidades es abusivo. Al reducir en un 5% el importe mensual por cada día en que haya un retraso de más de una hora, aunque sea por causas no imputables al adjudicatario, se puede llegar a que si hay un retraso cada uno de los 22 días de servicio al mes, *“el adjudicatario no solo no percibiría importe alguno por los servicios prestados ese mes sino que además habría de indemnizar a la Administración con un 10 por ciento de la facturación mensual”*. Considera que procede eliminar dicho régimen de penalidades o, subsidiariamente, señalar expresamente que solo se penalizará la demora si se ha producido por causa imputable al adjudicatario, así como minorar su cuantía y establecer un tope mensual.
4. Por último, considera que la posibilidad que se establece en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) de modificar el contrato hasta un 10% en función del número de kilómetros en los que se varíen las rutas, vulnera lo dispuesto en la Ley de Contratos que exige concretar las circunstancias en que se puede producir la modificación.

Cuarto. Sobre las cuestiones planteadas por la recurrente, el órgano de contratación concluye en su informe que:

1. La tramitación del expediente habrá de ser ordinaria, no anticipada, pero *“este dato no es significativo para los licitadores”*.
2. El que no coincidan los valores mensuales del presupuesto no afecta al presupuesto de licitación, puesto que éste es global y determinado a tanto alzado y la oferta económica se hace por un precio total que comprende los 24 meses de duración del contrato. Considera que *“los importes parciales por anualidades detallados en el pliego para obtener el presupuesto total de licitación son meros precios de referencia a los efectos de justificar el presupuesto máximo de licitación de la totalidad del contrato cuya prestación es única”*. En todo caso, se trataría de un error material rectificable en cualquier momento, que no afecta al presupuesto total de licitación y sin trascendencia alguna en el procedimiento.



3. En cuanto a las penalidades considera que su finalidad es asegurar el cumplimiento regular de la obligación contractual y que, de todas formas, la penalidad no puede superar “*el límite señalado en el art. 212.1 del TRLCSP, esto es, el 10% de esa factura mensual*”.
4. Respecto a la posibilidad de modificación del contrato entiende correcto que si se varía el número de kilómetros, se reajuste el precio total de acuerdo con el precio por kilómetro que resulte de la oferta seleccionada en relación con los kilómetros totales de las rutas previstas inicialmente.

Quinto. El error de calificación del expediente como de “*tramitación anticipada*” en el anuncio del perfil de contratante (y en el propio PCAP), parte de considerar *tramitación anticipada* como contrapuesto a *tramitación ordinaria*. Pero la tramitación puede ser ordinaria (arts. 109 a 111 del TRLCSP), o abreviada (arts. 113 y 114) y no es incompatible que sea ordinaria y anticipada, puesto que ésta -la tramitación anticipada- se refiere a la posibilidad de que el expediente se ultime antes del inicio del ejercicio en que vaya a comenzar la prestación (artº 110.2 del TRLCSP). En el contrato impugnado la tramitación comenzó en el pasado ejercicio (la autorización del compromiso de gasto está hecha en diciembre de 2012), si bien el anuncio de licitación se publica ya en 2013. Puesto que la prestación del servicio está previsto que comience este mismo año, no puede hablarse propiamente de tramitación anticipada. Pero el hecho de que en el perfil de contratante y en el PCAP se hable de tramitación anticipada no tiene trascendencia alguna en la licitación, ni obviamente tal error es fundamento suficiente para anular los pliegos.

Sexto. El presupuesto de licitación está establecido a tanto alzado por su cuantía global para los dos años de duración del contrato: 285.106,19 € (sin IVA). El modelo de oferta económica (anexo 1 del PCAP) también debe indicar sólo el precio total y el IVA. No obstante, en la cláusula C del cuadro de características del PCAP se detalla -bajo el título “*Anualidades (si procede)*”- un cuadro con las cifras anuales en el que la cifra consignada para 2015 (11.022,72 €) debe corresponder a un mes, aunque resulta inferior al valor mensual deducido para las anualidades de 2013 (11 meses) y 2014 (11.916,67 €). Los importes reflejados en ese cuadro corresponden también al gasto plurianual autorizado, aunque una vez que se adjudique el contrato deberán reajustarse



las anualidades, tanto para ajustarlas al importe de adjudicación, como porque, dadas las fechas de tramitación, la vigencia del contrato en el año en curso va a ser menor de los 11 meses previstos.

En cualquier caso, la diferencia consignada en el pliego entre la mensualidad de 2015 y las de 2013-14 no es relevante en el proceso de licitación porque, como se ha indicado, el presupuesto de licitación y las ofertas económicas son globales para los dos años de vigencia inicial del contrato.

Séptimo. En cuanto al régimen de penalidades, la cláusula 22 del PCAP señala que: *“El Régimen de Penalidades del presente Contrato serán las especiales recogidas en el Cuadro de Características Específicas y las penalidades generales recogidas en el artículo 212 del Texto Refundido Ley de Contratos del Sector Público siempre que estas generales no entren en contradicción con las penalidades especiales”*. Y, en el Cuadro de Características se establece ese régimen específico en la cláusula U, relativa al *“Régimen de penalidades distinto al establecido con carácter general*.

En el caso de que el adjudicatario no proceda a la recogida y/o entrega de las muestras según las hojas de ruta detalladas, será penalizado con una minoración de un 5% del importe mensual facturado por cada día en el que se haya incurrido en un retraso, superior a una hora del horario establecido por la Gerencia.

Las sanciones impuestas en el transporte de muestras por incumplimiento de la normativa, tales como no llevar los documentos de transporte,... etc., por causas imputables a la empresa adjudicataria serán abonadas por ella.”

Las alegaciones de la recurrente se refieren tanto al hecho de que el PCAP no distinga si el retraso es por causas imputables a la recurrente o por causas ajenas, como a que al importe por cada retraso (un 5% de la factura mensual) sea abusivo, hasta el punto de que puede alcanzar cifras superiores al importe de la factura y producir un enriquecimiento injusto de la entidad contratante, carente de justificación.

Sobre la primera cuestión, el artículo 212 del TRLCSP que, en su apartado 7 establece:



“7. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.

Las penalidades tienen una finalidad sancionadora y compensatoria de los perjuicios sufridos por la Administración por el retraso en el cumplimiento de los contratos, aunque como indica la Junta Consultiva de Contratación (Informe 6/01, de 3 de julio) *“estrictamente no se trate de un supuesto de indemnización de daños y perjuicios efectivos sino de los que técnicamente pueden considerarse indemnizaciones tasadas”.*

De la finalidad sancionadora y compensatoria de las penalidades y de la literalidad de la disposición transcrita del artículo 212.7 del TRLCSP, se deduce, sin duda, que esas penalidades se imponen cuando el cumplimiento es por causa imputable al contratista. Así se debe entender aunque no se indique de manera explícita en el PCAP.

Respecto a la cuantía de la penalidad, el artículo 212 citado del TRLCSP -más pensado en este aspecto para los contratos de prestación única que para los de servicios de tracto sucesivo- se limita a establecer que:

“1. Los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo... Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por 100 del presupuesto del contrato.

(...)

4. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incurrido en demora respecto al cumplimiento del plazo total, la Administración podrá optar, indistintamente, por la resolución del contrato o por la imposición de las penalidades diarias en la proporción de 0,20 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato.

El órgano de contratación podrá acordar la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de unas penalidades distintas a las enumeradas en el



párrafo anterior cuando, atendiendo a las especiales características del contrato, se considere necesario para su correcta ejecución y así se justifique en el expediente.

5. Cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 por 100 del precio del contrato, el órgano de contratación estará facultado para proceder a la resolución del mismo o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades.

6. La Administración tendrá la misma facultad a que se refiere el apartado anterior respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando se hubiese previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.

7. Cuando el contratista, por causas imputables al mismo, hubiere incumplido la ejecución parcial de las prestaciones definidas en el contrato, la Administración podrá optar, indistintamente, por su resolución o por la imposición de las penalidades que, para tales supuestos, se determinen en el pliego de cláusulas administrativas particulares...”

Para valorar el cumplimiento de las disposiciones anteriores en los pliegos impugnados, hay que partir del objeto de la prestación: la *“recogida y transporte y entrega de muestras biológicas resultantes de las extracciones periféricas procedentes de los centros de salud y consultorios, a la hora y día indicados, para entregarlos en los laboratorios correspondientes, bajo las condiciones de temperatura y/o medidas especiales de seguridad que requiere la normativa vigente”*. En un servicio de estas características, es obviamente muy relevante el cumplimiento de los horarios de entrega de las muestras biológicas, por lo que la cuantía de la penalidad se puede entender *proporcionada a la gravedad del incumplimiento*, cuando éste se produce por causas imputables al contratista.

De las disposiciones transcritas del TRLCSP no se deduce, en cambio, en contra de lo que alega el órgano de contratación, que la cuantía máxima mensual de la penalidad tenga un límite del 10% de la factura mensual. El artº 212.1 del TRLCSP se refiere explícitamente al *“presupuesto del contrato”*, es decir, al presupuesto de licitación



(285.106,19 €, sin IVA). Por tanto, el límite de las penalidades a imponer es el 10% de esa cantidad.

Si el órgano de contratación, como se deduce de su informe, considera que el límite debe estar en el 10% de la factura mensual (es decir, dos retrasos al mes), debería haberlo indicado en el pliego. Y ello con independencia de que, de acuerdo con el apartado 5 del artículo 212 del TRLCSP, si las penalidades alcanzan el 5% del precio del contrato, el órgano de contratación estaría facultado para proceder a su resolución o acordar la continuidad con imposición de nuevas penalidades.

En conclusión, las cláusulas del PCAP relativas a las penalidades se entienden referidas al incumplimiento de los plazos por causas imputables al contratista, en cuanto a la cuantía establecida, no es contraria a lo dispuesto en el TRLCSP, sin perjuicio de la conveniencia de que, dado el carácter de contrato de servicios de tracto sucesivo, se pudiera establecer un tope mensual a las penalidades a imponer.

Octavo. Respecto a la modificación del contrato, la cláusula 20 del PCAP se remite a lo dispuesto en el TRLCSP: *"El contrato sólo podrá modificarse por razones de interés público, en los casos y forma previstos en el Título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento previsto en las condiciones y con los requisitos establecidos en el artículo 211 del TRLCSP"*.

La cláusula D del *cuadro de características*, impugnada por la recurrente, precisa la posibilidad de modificación del contrato. Señala literalmente que:

- **"Condiciones y límite: 10%**
 - ❖ *Las circunstancias y condiciones en que podrían llevarse a cabo dichas modificaciones son las siguientes: Atendiendo criterios de eficiencia y mejora de la calidad asistencial podrán modificarse las rutas existentes, tanto para aumentarlas como para disminuirlas.*
 - ❖ *El importe contractual se modificará en su cuantía en función del número de kilómetros en los que se vea aumentados o disminuidos por las variaciones en las rutas, o bien, por la creación o eliminación de algunas rutas"*.

En el cuadro de características se establece pues: i) que la posible modificación se limita al cambio de las rutas; ii) que, en tal caso, el precio se cambia en proporción a la variación de los kilómetros y, iii) que el límite de la modificación es del 10%, se entiende que del precio de adjudicación.



Con lo señalado en el PCAP y en el cuadro de características, no se cumplen estrictamente las prescripciones del artículo 106 del TRLCSP que se refiere a las *modificaciones previstas en la documentación que rige la licitación*. Esta disposición exige que el pliego detalle *“de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones”* en que se puede modificar el contrato, que concrete los supuestos *“por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva”* y que las condiciones de la eventual modificación se precisen *“con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta”*.

La justificación de una posible modificación de las rutas contempladas en el contrato, se refiere a circunstancias imprecisas *-criterios de eficiencia y mejora de la calidad asistencial-* cuya concurrencia no puede verificarse de forma objetiva.

Por tanto, dicha cláusula D del cuadro de características debe ser anulada y rectificarla para incluir las causas objetivas de modificación de las rutas -como puede ser el cambio de ubicación de los laboratorios o los centros de toma de muestras- o bien suprimirla, en cuyo caso, se aplicaría lo previsto en el artículo 107 del TRLCSP sobre *modificaciones no previstas en la documentación que rige la licitación*.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente, de acuerdo con lo expuesto en el fundamento octavo, el recurso interpuesto por D. N. J. R. S. E., en representación de la empresa SERVICIOS INTEGRALES DE TRANSPORTES NRJ CANTABRIA, S.L., contra los pliegos para la contratación del servicio de *“Recogida y transporte de muestras biológicas y valija de los centros adscritos a la Gerencia de Atención Primaria”* del Servicio Cántabro de Salud, anular la cláusula D del cuadro de características del PCAP y ordenar la publicación de unos nuevos pliegos en los que se suprima la cláusula indicada o se rectifique en los términos expuestos en la presente Resolución.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento acordada de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.



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 del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, 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.