

Recurso nº 160/2014 C.A. Galicia 017/2014

Resolución nº 270/2014

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

En Madrid, a 28 de marzo de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. Y. R. D., en representación de ESPROADE, S.L., contra el acuerdo de desistimiento del procedimiento para la adjudicación del contrato de servicios administrativos, de mantenimiento, limpieza de locales, organización de actividades deportivas y asistencia técnico deportiva en las instalaciones deportivas del Concello de Ferrol (Exp. AV 05004 13/21), el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Por el órgano de contratación, la Junta de Gobierno Local del Concello de Ferrol, se convocó, mediante anuncio publicado en el Perfil del Contratante el 14 de agosto de 2013, y en el Boletín Oficial de la Provincia de A Coruña el 26 de agosto de 2013, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto el contrato de servicios administrativos, de mantenimiento, limpieza de locales, organización de actividades deportivas y asistencia técnico deportiva en las instalaciones deportivas del Concello de Ferrol, con un valor estimado de 919.751,95 euros.

Segundo. Con fecha de 3 de febrero de 2014, el órgano de contratación, a propuesta de la Mesa de Contratación Permanente del Concello de Ferrol, acordó desistir del procedimiento de contratación por las razones que figuran en el informe técnico emitido por la coordinadora de actividades deportivas de la entidad local el 17 de enero de 2014 y en el informe jurídico emitido por la oficial mayor de la entidad local el 29 de enero de 2014.

En los referidos informes se señala que, al formular su oferta relativa al criterio de adjudicación “Bolsa de horas a libre disposición del Concello de Ferrol”, la entidad ESPROADE especificó que su oferta se refería a horas por año (700 horas/año), mientras que la entidad CLECE, respetando el modelo establecido en el pliego, efectuó una oferta de 1150 horas, sin concretar si se refería a cada año del contrato o a los dos años del mismo.

Resulta imposible, según los mencionados informes, determinar si la oferta de CLECE es por año de contrato o por su duración total, siendo ello decisivo para su adjudicación. Esta situación, según los referidos informes, justifica el desistimiento del procedimiento con objeto de poder iniciar uno nuevo en el que se modifique el criterio de valoración referido a fin de corregir las deficiencias puestas de manifiesto, especificando el periodo por el que se oferta la bolsa de horas.

Tercero. Con fecha 21 de febrero de 2014, la entidad recurrente presenta en el Registro del Concello de Ferrol recurso especial en materia de contratación contra la resolución de desistimiento. Con fecha de 19 de febrero de 2014, presentó anuncio previo de la interposición del recurso.

En su recurso solicita que se declare nulo el acuerdo citado y se resuelva ordenar a la entidad contratante retomar el procedimiento de contratación en la fase de valoración, proponiendo la clasificación y posterior propuesta de adjudicación, una vez acreditadas la suficiencia y concurrencia de los elementos necesarios para resolver, valorando las ofertas del siguiente modo:

- ESPROADE, S.L.: 98 PUNTOS
- CLECE, S.A: 90,65 PUNTOS.

Asimismo, pide que se ordene a la entidad contratante indemnizar a ESPROADE, S.L. en una cantidad proporcional a la que debería estar percibiendo en caso de que hubiese resultado adjudicataria del contrato.

Cuarto. Con fecha 27 de febrero de 2014 se recibió en este Tribunal el expediente administrativo y el correspondiente informe del órgano de contratación.

Quinto. Con fecha 11 de marzo de 2014, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los demás licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan alegaciones. Hasta la fecha no se han recibido alegaciones.

Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha 5 de marzo de 2014, este Tribunal dictó resolución por la que se acordaba conceder la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 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 41.1 del TRLCSP y en el Convenio de colaboración formalizado entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia el 12 de noviembre de 2013 (BOE de 25 de noviembre de 2013).

Ahora bien, existe un límite a la competencia de este Tribunal respecto de la pretensión articulada por la recurrente que pide que este Tribunal valore las ofertas presentadas por CLECE y por ESPROADE asignando a las mismas una determinada puntuación. Este Tribunal tiene exclusivamente una función revisora de los actos recurridos en orden a determinar si se ha producido un vicio de nulidad o anulabilidad, conforme con lo que establece para el conjunto de los recursos administrativos el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el artículo 45.2 del TRLCSP respecto de este Tribunal, de modo que, de existir tales vicios hemos de proceder a anular el acto o actos, ordenando que se repongan las actuaciones al momento anterior a aquel en el que el vicio se produjo, pero sin que el Tribunal pueda sustituir la competencia del órgano de contratación al que corresponde clasificar las ofertas presentadas por los licitadores so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical (artículo 62.1.b) de la LRJPAC).

Segundo. La empresa ESPROADE está legitimada para recurrir de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP al haber concurrido a la licitación. Asimismo, se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. El recurso se interpone contra la resolución de desistimiento adoptada en el seno de un proceso de licitación relativo a un contrato de servicios comprendido en las categorías 17 a 27, del Anexo II, del TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 207.000 euros, siendo por ello susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP.

Cuarto. Sobre el fondo, la entidad recurrente en su recurso manifiesta que el órgano de contratación se ha apartado de los pliegos, efectuando una interpretación errónea de la bolsa de horas ofertada por la entidad CLECE, entendiendo que la misma podría referirse a cada año de contrato y no a toda la duración del mismo-dos años-, causando con ello un perjuicio al interés general, al no adjudicar el contrato a la oferta más económica, y a la entidad recurrente, cuya oferta, de haber sido interpretada correctamente la oferta de CLECE, debió ser clasificada, en primer lugar, por el órgano de contratación.

Recuerda, asimismo, la entidad recurrente que, con arreglo a lo establecido en el artículo 155 del TRLCSP, el desistimiento del procedimiento de contratación debe estar fundado en una infracción no subsanable del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa, lo cual, en el presente supuesto, no ha tenido lugar debidamente. Por otro lado, el desistimiento debe interpretarse de forma restrictiva y se deben observar las causas regladas para su aplicación. Según señala, no es una potestad de libre disposición para la Administración que le permita libremente apartarse del procedimiento y convocar una nueva licitación.

Quinto. El órgano de contratación, en su informe de 25 de febrero de 2014, señala que le resulta imposible determinar si la oferta de horas de libre disposición efectuada por CLECE se refiere al periodo de un año o al periodo de duración del contrato, es decir, dos años. A su juicio, el pliego era impreciso al describir el criterio de adjudicación “Bolsa de horas de disposición del Concello de Ferrol” pues no especificaba si las horas ofertadas debían interpretarse en uno u otro sentido, entendiéndose por parte del órgano de contratación que las dos interpretaciones del pliego eran defendibles.

Ese defecto en la formulación del referido criterio de adjudicación fundamenta, según alega el órgano de contratación, el desistimiento, ya que condiciona la valoración de las ofertas, aconsejando la iniciación de un nuevo procedimiento en el que se subsane ese defecto.

Sexto. El artículo 155.4 del TRLCSP reconoce al órgano de contratación la facultad de desistir del procedimiento siempre que exista una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. Según este precepto, *“El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación”*.

La razón que ha llevado al órgano de contratación a desistir del procedimiento es la existencia de un defecto o imprecisión en la formulación del criterio de adjudicación “Bolsa de horas de disposición del Concello de Ferrol” pues, a su juicio, resulta imposible determinar si se refiere al periodo de un año o al periodo de duración del contrato, es decir, dos años.

A este respecto, este Tribunal ha manifestado en resoluciones anteriores, entre ellas, la nº 49/2011, 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.

En este sentido, es menester recordar 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 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.

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”*.

En el supuesto que venimos examinando los términos de los pliegos y de la documentación anexa son claros y no dejan lugar a dudas en cuanto a su interpretación. En efecto, cuando el Anexo IV del PCAP, al describir los criterios de valoración, menciona la “Bolsa de Horas a libre disposición do Concello de Ferrol” a fin de cubrir eventos deportivos o efectuar refuerzos en las diferentes áreas objeto del contrato, no cabe duda de que se refiere a toda la duración del mismo, es decir, de conformidad con la cláusula 26 del PCAP, al periodo de dos años desde la formalización del contrato.

Así las cosas, debe analizarse qué consecuencias tiene la forma en que la entidad ESPROADE ha formulado su oferta de horas a disposición de la entidad local, pues, como hemos visto, aquella ha especificado que las horas ofertadas-700- lo son por año de duración del contrato.

A este respecto, tenemos que referirnos al error en las proposiciones contemplado por el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; en adelante, RGLCAP) en los términos siguientes:

“Si alguna proposición no guardase concordancia con la documentación examinada y admitida, excediese del presupuesto base de licitación, variara sustancialmente el modelo establecido, o 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 u omisión de algunas palabras del modelo, con tal que lo uno o la otra no alteren su sentido, no será causa bastante para el rechazo de la proposición.”

Como se observa, el “error manifiesto” y el error reconocido por el licitador (siempre que, en este último caso, haga inviable la oferta) son causa de exclusión de la oferta formulada, no admitiéndose, en principio, que puedan ser subsanados aquéllos, a diferencia de lo que sucede con la documentación acreditativa de la capacidad y de la solvencia, donde la regla es, justamente, la posibilidad de subsanación (artículo 81.2 RGLCAP). Ello es consecuencia obligada del principio de igualdad entre los licitadores (artículos 1, 133, 139 y concordantes TRLCSP), que debe evitar conceder cualquier ventaja a alguno de ellos en detrimento de los demás. Así lo ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de su Sala Cuarta de 29 de marzo de 2012 (asunto C-599/2010), en la que afirmó:

“40 Sin embargo, dicho artículo 2 no se opone, en particular, a que, excepcionalmente, los datos relativos a la oferta puedan corregirse o completarse de manera puntual, principalmente porque sea evidente que requieren una mera aclaración o para subsanar errores materiales manifiestos, a condición de que esa modificación no equivalga a proponer en realidad una nueva oferta. Por consiguiente, este artículo tampoco se opone a que figure en la normativa nacional una disposición como el artículo 42, apartado 2, de la Ley nº 25/2006, según la cual, básicamente, el poder adjudicador puede solicitar por escrito a los candidatos que aclaren su oferta, sin solicitar ni aceptar, no obstante, modificación alguna de la misma.

41 En el ejercicio de la facultad de apreciación de que dispone así el poder adjudicador, este último está obligado a tratar a los diferentes candidatos del mismo modo y con lealtad, de manera que, al término del procedimiento de selección de las ofertas y en vista de los resultados de éste, no pueda concluirse que la petición de aclaraciones benefició o perjudicó indebidamente al candidato o candidatos que la recibieron.

42 Para dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, es preciso añadir que la petición de aclaración de la oferta no puede formularse hasta que el poder adjudicador haya tomado conocimiento de la totalidad de las ofertas (véase, en este sentido, la sentencia Lombardini y Mantovani, antes citada, apartados 51 y 53).

43 Por otra parte, esa petición de aclaraciones debe formularse de manera equivalente para todas las empresas que se encuentren en la misma situación, si no existe un motivo objetivamente verificable que pueda justificar un trato diferenciado de los candidatos a este respecto, en particular, cuando la oferta deba rechazarse en cualquier caso por otras razones.

44 Además, la petición de aclaraciones debe referirse a todos los puntos de la oferta que sean imprecisos o no se ajusten a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, sin que el poder adjudicador pueda rechazar una oferta por la falta de claridad de un aspecto de ésta que no haya sido mencionado en esa petición.”

Lo decisivo es, pues, que la aclaración no propicie el otorgamiento de un trato de favor a un interesado en detrimento de los demás licitadores, en el sentido de que diera lugar a que aquél, después de conocer el contenido de las otras ofertas, pudiera alterar la proposición inicialmente formulada. Así se entiende el sentido del último inciso del artículo 84 RGLCAP, cuando admite que se puedan variar algunas palabras del modelo “cuando no alteren su sentido”.

Sin embargo, el de igualdad no es el único principio que debe tenerse en cuenta a la hora de abordar la controversia suscitada, debiendo, asimismo, considerarse el principio de concurrencia (artículo 1 TRLCSP) que aboga por favorecer la admisión de licitadores al procedimiento proscribiendo que puedan ser excluidas proposiciones por la presencia de errores fácilmente subsanables, dado que, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, “Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia, que se establece en el artículo 13 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1.965, así como que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas para los demás

concurstantes, o estratagemas poco limpias, pero no excluir a los participantes por defectos en la documentación de carácter formal, no esencial, que, como hemos dicho, son subsanables sin dificultad, doctrina que se encuentra recogida en anteriores sentencias de la Sala, como las de 22 de junio de 1.972, 27 de noviembre de 1.984 y 19 de enero de 1.995.”

En virtud de ello, se infiere el verdadero alcance del artículo 84 RGLCAP, cuya impronta debe circunscribirse a aquellos casos en los que el error del que adolece la proposición del licitador no es salvable mediante la lectura de la propia oferta o de la documentación que, requerida por el pliego, la acompañe. Ésta ha sido la línea seguida de manera constante por este Tribunal, que, si con carácter general ha negado la posibilidad de subsanar o aclarar los términos de las ofertas (Resoluciones 164/2011, 246/2011, 104/2012, 268/2012, 16/2013, 117/2013, 151/2013), ha rechazado la exclusión de aquéllas en las que el error podía salvarse de manera inequívoca con la documentación presentada (Resoluciones 84/2012, 96/2012, 237/2012, 278/2012), pero no, en cambio, cuando los términos de la oferta son susceptibles de varias lecturas (Resolución 283/2012).

De igual modo, en pro de la admisibilidad de subsanación de ofertas que adolecen de errores materiales, pueden traerse aquí a colación las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Murcia de 28 de octubre de 2013 y de Valencia de 22 de febrero de 2012, así como la de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2011.

En el presente supuesto una simple operación aritmética era suficiente para aclarar el posible equívoco generado por la oferta de horas formulada por ESPROADE pues esta entidad ofertó un número de horas por año de duración del contrato, sin especificar el número de horas total ofertado. Es obvio que el error consiste en no multiplicar por dos el número de horas ofertadas pues dos años es la duración del contrato.

Estamos en presencia de un error de cuenta que, con arreglo al párrafo tercero del artículo 1266 del Código Civil, sólo da lugar a su corrección. Por consiguiente, la Mesa de Contratación debió entender que la oferta de horas de ESPROADE debía ser multiplicada por dos y la oferta de CLECE debía ser interpretada en sus términos literales.

Consecuentemente, al ser posible mediante una simple operación aritmética corregir el posible equívoco generado por la proposición de la entidad recurrente, no considera este Tribunal que concurra el presupuesto contemplado en el artículo 155.4 TRLCSP para efectuar el desistimiento cuya impugnación nos ocupa, debiendo, pues, retrotraerse las actuaciones al momento de acordarse el mismo y continuar el procedimiento en los términos previstos legalmente.

Séptimo. La entidad recurrente, sin concretar la cuantía reclamada, solicita una indemnización de los daños y perjuicios causados proporcional a la cantidad que debería estar percibiendo en caso de que hubiese resultado adjudicataria del contrato.

A este respecto, el artículo 47.3 del TRLCSP establece que *“a solicitud del interesado y si procede, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso”*.

Ahora bien, en este caso, el propio recurso suspende la tramitación del expediente de contratación (artículo 45 del TRLCSP) por lo que no se ha formalizado contrato alguno. En consecuencia, carece de sentido la alegación de la recurrente de haber dejado de ingresar cantidad alguna a resultas de la adjudicación del contrato que no ha tenido lugar.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. Y. R. D., en representación de ESPROADE, S.L., contra el acuerdo de desistimiento del procedimiento para la adjudicación del contrato de servicios administrativos, de mantenimiento, limpieza de locales, organización de actividades deportivas y asistencia técnico deportiva en las instalaciones deportivas del Concello de Ferrol, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento de acordarse el mismo y continuar el procedimiento en los términos previstos legalmente.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento, de conformidad con el artículo 47.4 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 vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de la Comunidad Autónoma de Galicia, en el plazo de dos meses contados desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.