



Recurso nº 416/2014 C.A. Galicia 053/2014

Resolución nº 490/2014

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

En Madrid, a 27 de junio de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.S.F., en representación de ZONAS VERDES ANÍBAL SOTO, S.L., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ferrol por el que se aprobó la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento de campos de fútbol de césped artificial, pistas de pádel y pista multideportes dependientes del Ayuntamiento de Ferrol”, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Ferrol convocó a pública licitación, mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de A Coruña el 3 de enero de 2014, así como en el Perfil del Contratante de la citada corporación local (los días 21 de noviembre de 2013 y 18 de diciembre de 2013), el procedimiento abierto para la contratación del servicio de mantenimiento de campos de fútbol de césped artificial, pistas de pádel y pista multideportes dependientes del Ayuntamiento de Ferrol, con un valor estimado de 238.270,13 euros, al que concurrió presentando oferta la mercantil ahora recurrente.

Segundo. La licitación se llevó a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en lo sucesivo TRLCSP), 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 aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP).

Tercero. El 7 de marzo de 2014 la Mesa de Contratación hizo pública la valoración de los criterios de adjudicación dependientes de un juicio de valor (que partían de la asunción del informe técnico sobre dicho particular emitido el 12 de febrero de 2014 por el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos D. F. B. P.), acordando en dicha ocasión la exclusión de las ofertas presentadas por cuatro licitadores, entre los que se contaba la aquí recurrente ZONAS VERDES ANIBAL SOTO S.L., y ello, según allí se afirmó, “*por no cumplir con las exigencias del pliego en lo referente a la Memoria Técnica en su apartado “Frecuencias de las labores a realizar”*”.

Cuarto. El 28 de marzo de 2014, la Mesa de Contratación, tras la apertura y valoración de las ofertas económicas, propuso la adjudicación del contrato a la mercantil JARDINERÍA ARCE, S.L., dictándose a sus resultas, el 2 de mayo de 2014, resolución de adjudicación del contrato por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento. La citada resolución fue notificada a la ahora recurrente el 6 de mayo de 2014.

Quinto. El 24 de mayo de 2014 la mercantil ZONAS VERDES ANÍBAL SOTO, S.L. presentó ante este Tribunal recurso especial en materia de contratación contra dicho Acuerdo, a cuyo recurso fue asignado el número 416/2014.

Sexto. En su sesión de 11 de junio de 2014 la Secretaria del Tribunal por delegación de éste dictó resolución por la que dispuso mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 TRLCSP.

Séptimo. Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del meritado recurso a las mercantiles que habían concurrido a la citada licitación en fecha 4 de junio de 2014, a fin de que formularan las alegaciones que a su derecho asistieran, a cuyas resultas la adjudicataria JARDINERÍA ARCE, S.L. presentó el 10 de junio de 2014 escrito por el que solicitaba la inadmisión como extemporáneo o, en su defecto, la desestimación del recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP y en el

Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Galicia, que fue publicado en el BOE el día 25 de noviembre de 2013.

Segundo. Debe entenderse que el recurso ha sido interpuesto por persona legitimada al efecto, atendido que la mercantil recurrente es uno de los licitadores concurrentes, habiendo vista excluida su oferta.

Tercero. También debe afirmarse que el recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, computado en los términos previstos en el artículo 44.2 TRLCSP. En este sentido, dado que por la adjudicataria JARDINERÍA ARCE, S.L. se postula la eventual inadmisión del recurso como extemporáneo, debe destacarse que, en el caso analizado, al tiempo de su interposición no había llegado a transcurrir el plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 TRLCSP, contado, tal y como allí se establece, desde *“la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4”*.

A lo dicho no obsta que el acuerdo de adjudicación fuera publicado en el Perfil del Contratante el 5 de mayo de 2014 ni, más aún, que el representante legal de la mercantil ahora recurrente estuviera (según se hace constar en la correspondiente acta) presente en la sesión de la Mesa de Contratación de 7 de marzo de 2014, en la que se acordó la exclusión de la oferta de la actora.

En este sentido, debe tenerse presente que, como ha señalado este Tribunal, entre otras, en la resolución 274/2011, de 16 de noviembre, si bien es cierto que *“respecto de los actos de exclusión acordados por la mesa de contratación, el artículo 310.2.b) de la LCSP (hoy artículo 40.2.b TRLCSP) incluye expresamente entre los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación “los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores”*, siendo así que, por su parte el artículo 44.2.b) TRLCSP, al regular el plazo de interposición del recurso especial establece que *“cuando el recurso se interponga con actos de trámite -entre los que se incluye la exclusión del procedimiento- adoptados en el procedimiento de adjudicación (...) el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción”*, no lo es menos que el TRLCSP *“prevé, pero no impone, expresamente la posibilidad de una notificación individual al licitador excluido del*

procedimiento que le permita tener conocimiento de su exclusión". Y, partiendo de este hecho, es de recordar que el artículo 151.4 TRLCSP admite también la notificación de la exclusión conjuntamente con el acuerdo de adjudicación al señalar que "la notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer (...) recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos: (...) b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta."

Asumido todo lo dicho, es fácil concluir (y así se expresó en la resolución 274/2011) que el TRLCSP permite dos posibilidades de recurso contra los actos de exclusión: el recurso especial contra el acto de trámite cualificado, que podrá interponerse a partir del día siguiente a aquel en el que el interesado haya tenido conocimiento de la posible infracción, y el recurso especial contra el acto de adjudicación, que podrá interponerse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se notifique la adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.2 TRLCSP. Y ello en el bien entendido de que estas dos posibilidades no son acumulativas, sino que tienen carácter subsidiario, de manera que en el supuesto que la mesa de contratación no notifique debidamente al licitador su exclusión del procedimiento, éste podrá válidamente impugnarla en el recurso que interponga contra el acto de adjudicación, supuesto éste aplicable al expediente ahora impugnado.

Por lo demás, tal y como ha señalado la resolución 247/2011, de 26 de octubre, en tal caso el plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación debe comenzar a computarse en la fecha de notificación de la resolución de exclusión remitida por correo certificado, lo que, en el caso analizado tuvo lugar el 6 de mayo de 2014.

Debe, por tanto, concluirse que el recurso examinado ha sido interpuesto en tiempo y forma y no debe, por ello, ser inadmitido.

Cuarto. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe concluir con la determinación de si el acto recurrido es susceptible de impugnación por dicho cauce, extremo que no admite duda alguna, atendido lo dispuesto en el artículo 40.1.b) TRLCSP, pues, configurándose el contrato examinado como un contrato de servicios de los

comprendidos en la categoría 27 del Anexo II del TRLCSP y siendo su valor estimado de 238.270,13 euros, queda acreditada la superación de los umbrales cuantitativos que posibilitan el acceso al recurso.

Quinto. La actora se opone al acuerdo de adjudicación impugnado alegando, en esencia, que su oferta ha sido incorrecta y arbitrariamente valorada por la Mesa de Contratación, toda vez que, contra lo por ella afirmado, se ajusta en plenitud a los requerimientos del Pliego de Prescripciones Técnicas, lo que determina que su exclusión deba reputarse contraria a derecho.

En este sentido, debe señalarse, como presupuesto inicial del citado análisis, que, como ha declarado este Tribunal, entre otras, en la resolución 90/2012, la contratación pública está presidida por un principio fundamental según el cual los pliegos que rigen cada procedimiento de contratación se convierten, según constante jurisprudencia, en ley del contrato que debe ser aceptada y cumplida por los licitadores y por la entidad contratante.

En este sentido, y como plasmación del citado principio, el artículo 145.1 del TRLCSP establece que *"las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicional por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna."*

Si bien es cierto que el citado precepto se refiere tan solo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, parece evidente (y así se ha afirmado en la resolución 264/2014, de 28 de marzo) que dicha exigencia no puede circunscribirse exclusivamente a su contenido y, en particular, que también deberán observarse en las tales proposiciones las exigencias que resultarían tanto del TRLCSP como de la legislación complementaria y de desarrollo de la misma.

De esta forma, y por lo que atañe a los pliegos de prescripciones técnicas, ha de tenerse presente que el artículo 116 TRLCSP establece que *"el órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la*

realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley". En consonancia con dicho precepto, tal y como este Tribunal ha señalado en otras resoluciones (verbigracia, las ya citadas 264/2014 y 90/2012 , así como la 84/2011), la presentación de las proposiciones implica igualmente la aceptación de las prescripciones del Pliego de Prescripciones Técnicas, por lo que "también es exigible que las proposiciones se ajusten al contenido de los pliegos de prescripciones técnicas en la medida en que en ellos se establecen las características y condiciones de la prestación objeto del contrato". Consecuentemente, caso de no hacerlo así resultará obligado el rechazo o exclusión de la oferta (por mucho que no se haya previsto explícitamente así en los Pliegos de aplicación), tal y como, por otro lado se infiere ("sensu contrario") de los apartados 4 y 5 del artículo 117 TRLCSP, en donde se detallan los presupuestos bajo los cuales, en determinadas modalidades de determinación de las prescripciones técnicas de aplicación, no es dable el rechazo de las ofertas.

Ello no obstante, al examinar esta cuestión, no puede olvidarse que, tal y como se ha afirmado, entre otras, en las resoluciones 177/2014 y 168/2013, es de aplicación a la valoración del efectivo cumplimiento de los requisitos técnicos de la oferta *"la doctrina sostenida por nuestro Tribunal Supremo con respecto de la denominada discrecionalidad técnica de la Administración. Ello supone que, tratándose de cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, el Tribunal no puede corregirlos aplicando criterios jurídicos. No se quiere decir con ello, sin embargo, que el resultado de estas valoraciones no pueda ser objeto de análisis por parte de este Tribunal sino que este análisis debe quedar limitado de forma exclusiva a los aspectos formales de la valoración, tales como las normas de competencia o de procedimiento, a que en la valoración no se hayan aplicado criterios de arbitrariedad o discriminatorios, o que finalmente no se haya incurrido en error material al efectuarla. Fuera de estos aspectos, el Tribunal debe respetar los resultados de dicha valoración."*

Sexto. En el caso analizado, es lo cierto que en la cláusula 10 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en términos que reitera el Anexo IV) se expresa, al tratar del contenido del sobre B, que los licitadores *"deberán presentar la memoria técnica en las que se detallen las actuaciones a realizar, el personal y la maquinaria empleada para*

cada una de ellas así como su frecuencia que como mínimo (así figura resaltado en el propio pliego) será la indicada en el apartado 5 del citado Pliego Técnico”.

En relación con lo así expresado, en el punto 5.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas de aplicación se detalla la “*frecuencia de las labores a realizar*”, reflejando como labores de mantenimiento inmediatas, que deberán llevarse a cabo según las necesidades, las de “*eliminación de arrugas de la manta por personal especializado, “substitución de puntos de penalti, saque de esquina y de área” y “desherbado químico*”, siendo así que, en relación con estas concretas previsiones (así como con la exigencia de elaboración semanal de un “*registro de incidencias, si las hubiese*), se afirma en el informe de valoración que fue asumido como propio por la Mesa de Contratación y que se transcribe como fundamento de la exclusión en la resolución de adjudicación, que la mercantil ahora recurrente “*presenta una memoria incompleta presentando un calendario de actuaciones que no se adapta al mínimo exigido en el punto 5 del pliego (...) al aparecer actuaciones que no se especifica su temporalidad no apareciendo en ningún calendario de trabajos*”.

Pues bien, examinada la oferta presentada por la ahora recurrente y, en particular, el apartado “*desarrollo de las distintas labores*” de la correspondiente Memoria Técnica, puede comprobarse que, pese a lo afirmado aquélla en su recurso, no cabe calificar de arbitrarias o incursas en patente error las apreciaciones así realizadas por el órgano de contratación, toda vez que en la citada oferta no figura mención alguna a la realización inmediata, según las necesidades, de las tareas antes aludidas. Así, a título de ejemplo, en lo que atañe al “*desherbado químico*”, la oferta de la recurrente incorpora un cronograma donde se hace constar la “*aplicación de herbicida*” con periodicidad bimensual (en la última semana de febrero, abril, junio, agosto, octubre y diciembre), pero no explicita por añadidura su eventual realización a demanda y de forma inmediata en función de las necesidades. En los citados términos, la oferta conlleva, aparentemente, una mejora sobre la ordinaria exigencia en el Pliego de la realización con periodicidad trimestral una “*riega a base de herbicida en las líneas de fondo y laterales del campo, en las zonas próximas a los cañones/aspersores y otras zonas de riesgo de crecimiento de malas hierbas o musgos(si es necesario) en especial en la primavera y otoño*”, pero, indudablemente, adolece de la carencia de toda previsión sobre

la realización inmediata de actuaciones adicionales de “*desherbado químico*”, tal y como exige el pliego.

Quedaría con ello evidenciado que la citada oferta no se ajusta a las exigencias del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del Pliego de Prescripciones Técnicas, en términos que justifican su exclusión por la Mesa de Contratación al amparo de lo dispuesto en los artículos 145.1 TRLCSP y 22.1.b) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo (con arreglo al cual corresponde a la Mesa de Contratación determinar “*los licitadores que deban ser excluidos del procedimiento por no acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares*”).

A lo dicho nada puede obstar que, como señala el artículo 145 TRLCSP, la presentación de la oferta comporte la aceptación de las previsiones del Pliego, pues, como ya se ha dicho, en este caso los pliegos de aplicación sí contienen en dicho particular una expresa exigencia a los licitadores sobre el contenido de su oferta, cuya exigencia habría sido incumplida por la adjudicataria.

En este sentido, puede resultar conveniente recordar que dicha omisión era radicalmente insubsanable, pues, como este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones (valgan por todas las resoluciones 147/2012 y 94/2013), la subsanación de defectos y aún de omisiones a que se refieren los artículos 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 27.1 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, son de aplicación exclusiva a las documentaciones acreditativas de los requisitos de aptitud y solvencia del licitador, pero no así, en ningún caso, a los defectos, insuficiencias u omisiones que puedan afectar a las proposiciones en sí mismas consideradas, porque ello podría representar dar al licitador afectado la opción de modificar su proposición, lo que comportaría notable contradicción con el principio de igualdad proclamado como básico de toda licitación en los artículos 1 y 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Y ello sin perjuicio de admitir (según se dejó señalado en la resolución 164/2011), como excepción, la eventual subsanación de errores u omisiones puramente materiales o formales, como, por ejemplo, lo sería la falta de firma (supuesto avalado por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 21 de septiembre de 2004, Ar. 415/2995).

En este particular, se hacía cita de la sentencia de 29 de marzo de 2012 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictada para resolver el asunto C-599/10, en la que se afirma que *“una vez presentada su oferta, en principio esta última no puede ya ser modificada, ni a propuesta del poder adjudicador ni del candidato”*, toda vez que *“en el caso de un candidato cuya oferta se estime imprecisa o no ajustada a las especificaciones técnicas del pliego de condiciones, permitir que el poder adjudicador le pida aclaraciones al respecto entrañaría el riesgo, si finalmente se aceptara la oferta del citado candidato, de que se considerase que el poder adjudicador había negociado confidencialmente con él su oferta, en perjuicio de los demás candidatos y en violación del principio de igualdad de trato”*. Por otro lado, destacaba la misma sentencia, *“no se deduce del artículo 2 ni de ninguna otra disposición de la Directiva 2004/18, ni del principio de igualdad de trato, ni tampoco de la obligación de transparencia, que, en una situación de esa índole, el poder adjudicador esté obligado a ponerse en contacto con los candidatos afectados”*, atendido, además, que *“la falta de claridad de su oferta no es sino el resultado del incumplimiento de su deber de diligencia en la redacción de la misma, al que están sujetas de igual manera que los demás candidatos”*.

Procede, en consecuencia, desestimar el recurso interpuesto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A.S.F., en representación de ZONAS VERDES ANÍBAL SOTO, S.L., contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Ferrol por el que se aprobó la adjudicación del contrato “Servicio de mantenimiento de campos de fútbol de césped artificial, pistas de pádel y pista multideportes dependientes del Ayuntamiento de Ferrol”.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, según lo establecido en 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 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 Galicia, 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 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.