



Recursos nº 934/2013 y 1047/2013

Resolución nº 160/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 28 de febrero de 2014.

VISTOS los recursos interpuestos por D.G.L.M., en nombre y representación de la empresa HIJOS DE JUSTO M. ESTÉLLEZ, S.A. (en adelante, ESTÉLLEZ) y D. F.O.V., en representación de la mercantil AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS S.A.U, contra los pliegos rectores del procedimiento de licitación correspondiente al Acuerdo Marco para el servicio de operador logístico para las Fuerzas Armadas en el Ministerio de Defensa (expediente núm. 6.00.01.13.0008.00), tras su modificación publicada en la Plataforma de Contratación del Estado con fecha 22 de noviembre y 2 de diciembre de 2013, el Tribunal, en sesión el día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Contratación del Ministerio de Defensa convocó, mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 5 de noviembre de 2013 (precedido por el correspondiente anuncio de información previa del expediente realizado con fecha 22 de abril de 2013), en el Boletín Oficial del Estado el día 13 de noviembre de 2013 y en la Plataforma de Contratación del Estado el 31 de octubre de 2013, licitación para adjudicar, por procedimiento abierto, el contrato arriba referido, con un valor estimado de 137.200.000 euros, fijándose inicialmente como fecha límite para la presentación de ofertas el día 10 de diciembre de 2013, a las 12 horas.

Segundo. La cláusula 65 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP en adelante) disponía expresamente la sujeción de la licitación a la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (LCSPDS en adelante), al Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

(TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y, en general, a las demás disposiciones vigentes en materia de contratación administrativa que sean de aplicación.

Tercero. De las cláusulas del PCAP, en su redacción original, debemos tener en cuenta las siguientes:

- La cláusula 2, que describe la prestación objeto del acuerdo marco, indican que:

“La prestación objeto de este acuerdo marco es la que se define en los pliegos de prescripciones técnicas de este expediente y que se relacionan a continuación:

· *Categorías: 2, 3, 18, y 19 del Anexo II del TRLCSP.*

· *Código de vocabulario común (CPV): 60000000*

· *Código de clasificación estadística (CPA-2002):63*

De conformidad con el artículo 67 del RGLCAP, la licitación se realizará por lotes, dividiéndose el objeto del expediente en:

· *Lote 1: Servicios de Operador Logístico en apoyo a operaciones y ejercicios.*

· *Lote 2: Servicios de Operador Logístico para la gestión de material y servicios complementarios”.*

- La cláusula 15, bajo la rúbrica de “Requisitos de Solvencia Económica y Técnico/Profesional establece que:

“De conformidad con los artículos 14 a 18 (ai) de la LCSPDS y los artículos 75 y 78 del TRLCSP, los medios mínimos para acreditar la solvencia económica, financiera y técnica serán los siguientes:

C. Para el caso de empresarios que concurren agrupados en Uniones temporales de empresas, será de aplicación lo establecido en los artículos 59 y 67.5 del TRLCSP, a los efectos de valorar y acreditar la clasificación exigida.

J. Acreditación de la capacidad de realizar transporte de mercancías peligrosas, municiones y explosivos, ajustándose a la legislación vigente tanto en España como en el extranjero”.

Y añade que para el Lote 1: *“Los licitadores deberán acreditar documentalmente que disponen de los certificados, pólizas y evidencias documentales que se requieren en virtud de lo establecido en el PPT y que se detallan a continuación:*

.....

1.3) Acreditar para las operaciones tener implantado un sistema de aseguramiento de la calidad conforme al estándar ISO 9001:2008, certificación ISO 14001:2004 y OSHAS 18000:2007, e ISO 27001.

1.4) Indicación de la lista de proveedores que propone para desarrollar los servicios de transporte (subcontratistas)”.

- La cláusula 53, bajo la rúbrica de *“Cesión de los contratos y Subcontratación”* establecía que (el subrayado es nuestro): *“Para el Lote 1 las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder el 100% menos el “Porcentaje sobre el precio de transportes especiales (definido como criterio D) ofertado para la adjudicación del acuerdo marco”.*

El anexo 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establecía los criterios de valoración del lote 1.

Cuarto. Con fecha 22 de noviembre de 2013 se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado “Nota Informativa” sin firmar, con el sello de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, con el siguiente contenido:

“Advertido error en la cláusula 16 (página 12) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de este expediente, se comunica lo siguiente:

DONDE DICE: Para el manejo del material especial OTAN (crypto, COMSEC/SIGINT y atomal)...

DEBE DECIR: Para el manejo del material de categoría especial OTAN/UE/ESA (material de Crypto)...

Posteriormente, con fecha 2 de diciembre de 2013 se publicó también en la Plataforma de Contratación el Estado nueva “Nota informativa” –también sin firmar, como las sucesivas a las que aludiremos- en la que se informaba sobre los siguientes tres extremos:

1. Se señala que *la “modificación del documento de pliegos de fecha 2 de diciembre de 2013 efectuada en esta Plataforma de Contratación del Estado consiste en la modificación del anexo del PCAP “Tarifario Lote 1”*;
2. Se hace constar que han sido advertidas distintas erratas en el PPT y en el PCAP, comunicándose la corrección de las mismas en el sentido que se indica.

En el PPT, la errata advertida afecta al Apartado VII.3.

En el PCAP, las erratas advertidas afectan a las Cláusulas **15**, **53**, 60 y 36. Las dos primeras -que son las que interesan a los efectos del presente recurso- se corrigen en el siguiente sentido:

Cláusula 15. Punto 2.1. *Donde dice “OSHAS... 18001:2007” debe decir “OSHAS...18001:2008”.*

Cláusula 53. Se suprime el punto que dispone lo siguiente: *“Para el Lote 1 las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder el 100% menos el “Porcentaje sobre el precio de transportes especiales” (definido como criterio D) ofertado para la adjudicación del acuerdo marco”.*

3. Se anuncia la ampliación del plazo para la presentación de ofertas hasta el 17 de diciembre de 2013 a las 12 horas, la ampliación del plazo para obtención de los pliegos y formulación de preguntas sobre la licitación hasta el 9 de diciembre a las 12 horas, y el cambio de fecha del acto público de apertura de ofertas económicas al día 27 de diciembre a las 10 horas.

Entre el 29 de noviembre y 4 de diciembre de 2013 se publicaron en la Plataforma de Contratación del Estado las respuestas a distintas preguntas formuladas por los interesados en la licitación.

Entre dichas respuestas cabe mencionar las siguientes.

Respuesta a pregunta formulada acerca de la necesidad, en caso de concurrencia de varias empresas en UTE, de que cada uno de los requisitos contenidos en las Cláusulas 15, 16 y 17 del PCAP sean cumplidos por cada uno de los miembros de la futura UTE, o admisibilidad de la acumulación de dichos requisitos, bastando con que uno de los miembros de la futura UTE los cumpla.

La respuesta que se ofrece es la siguiente: *“Para los requisitos de la Cláusula 15 [referida a los requisitos de solvencia económica y técnica o profesional], se permite la acumulación de solvencias y clasificaciones. Para las habilitaciones de seguridad en la información relacionadas en las Cláusula 16 y 17, todos los integrantes de la UTE deben tener las habilitaciones de seguridad exigidas que, como se cita en la cláusula 40 del PCAP, deben entregarse obligatoriamente en el momento de la formalización del contrato”.*

Respuesta a consulta formulada acerca del modo de acreditar los sistemas de aseguramiento de la calidad (pregunta nº 14).

Además de responderse a la concreta pregunta planteada, se hace constar que en la Cláusula 15 del PCAP, punto 1.3, donde dice: *“OSHAS... 18001:2007”* debe decir *“OSHAS...18001:2008”*, y en el punto 2.1 de la misma Cláusula donde dice: *“...OSHAS 18001:2007”* debe decir *“...OSHAS 18001:2008”*.

Respuesta a consulta formulada acerca de la interpretación de la Cláusula 53 del PCAP (pregunta nº 17).

En la respuesta a la consulta se hace constar la supresión del punto de la Cláusula 53 del PCAP que dice: *“Para el Lote 1 las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder el 100% menos el “Porcentaje sobre el*

precio de transportes especiales” (definido como criterio D) ofertado para la adjudicación del acuerdo marco”.

Quinto. Contra los pliegos rectores del procedimiento -o, más exactamente, contra las modificaciones de los pliegos referentes a las cláusulas 15, 16 y 53 del PCAP-, así como contra la interpretación efectuada por el Órgano de contratación de la exigencia de los requisitos de solvencia en los casos de empresas concurrentes en UTE contenida en la respuesta a las preguntas de los interesados publicada en la Plataforma de Contratación del Estado con fecha 2 de diciembre, ESTÉLLEZ interpuso recurso especial en materia de contratación ante este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales mediante escrito presentado el día 9 de diciembre de 2013, previo anuncio ante el Órgano de contratación y el día 27 siguiente AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS S.A.U.

Sexto. Al amparo de lo previsto en el artículo 46.2 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), se solicitó del Órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe emitido con fecha 13 de diciembre de 2013 por el Vicepresidente de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa.

Séptimo. Con posterioridad a la interposición del primero de los recursos, se han sucedido distintas incidencias en la tramitación de la licitación de referencia, entre las que cabe destacar, por afectar a las cuestiones de interés para el recurso interpuesto, las siguientes:

- Con fecha 11 de diciembre de 2013 se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado “Nota informativa” aclarando que, en caso de UTE, todas las empresas integrantes de la misma deben tener los certificados ISO indicados en los pliegos (introduciendo, así, una excepción a lo señalado en la respuesta a las preguntas de los licitadores, en que se afirmaba la posibilidad de acumular, con carácter general, los requisitos exigidos en la Cláusula 15, entre los que se incluyen los certificados ISO); y corrigiendo los puntos 1.3 y 2.1 de la Cláusula 15 del PCAP en el siguiente sentido: *“Advertida la siguiente errata en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de este expediente, se comunica lo siguiente:*

En la cláusula 15 del PCAP, puntos 1.3 y 2.1:

Donde dice: “OSHAS... 18001:2008”

Debe decir: “OSHAS... 18001:2007”

- Con fecha 13 de diciembre de 2013 se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado “Nota informativa” efectuando determinadas aclaraciones en relación con la Cláusula 53 del PCAP, y anunciando la ampliación del plazo para la presentación de ofertas hasta el día 17 de enero de 2014 y la fijando de la fecha del acto público de apertura de ofertas para el día 29 de enero de 2014.

En relación con la Cláusula 53, y en lo que respecta a la supresión del párrafo “Para el Lote 1...”, se indicaba que para dicho Lote 1 se aplicará supletoriamente el artículo 227.e) del TRLCSP.

- Con fecha 17 de enero de 2014 se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado “Nota aclaratoria e informativa”, aclarando algunas de las respuestas dadas a las preguntas de los interesados en la licitación, informando acerca de la publicación en la Plataforma de Contratación del Estado de un texto consolidado del PCAP que incorporaría las modificaciones efectuadas, y anunciando una nueva ampliación del plazo para la presentación de ofertas hasta el día 6 de febrero de 2014, fijando la fecha del acto público de apertura de ofertas el día 26 de febrero de 2014.

En relación con las aclaraciones a las respuestas dadas a las preguntas de los interesados en la licitación interesa destacar la aclaración relativa a la respuesta a la pregunta nº 17 (supresión de determinado párrafo en la Cláusula 53), indicando lo siguiente:

*“Resulta necesario clarificar el criterio que debe regir en lugar del punto suprimido. En consecuencia, dado que el criterio D, que se indicaba en el PCAP se trataba de una errata, ya que no se recoge en este Pliego, **la nueva redacción del punto citado de la cláusula 53 del PCAP pasa a ser la siguiente: “Para el Lote 1 las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros podrán alcanzar hasta el 100%”. Se sigue de***

esta manera un criterio similar al establecido en el Lote 2, y que puede favorecer un mayor nivel de concurrencia competitiva, ya que se trata éste de un contrato con un alto nivel de complejidad, por las prestaciones requeridas”.

Por otro lado, se efectuaban determinadas “aclaraciones” a las respuestas a las preguntas nº 36 y 42, relativas a la posibilidad de acumular, entre las empresas integrantes de una UTE, los certificados de calidad, y a la “Nota informativa” relativa a dicha cuestión, publicada el día 11 de diciembre de 2013, introduciendo un nuevo criterio respecto a este particular consistente en admitir la acumulación de los certificados, en los términos descritos.

- Con fecha 24 de enero se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado “Nota informativa” haciendo constar distintas modificaciones en diversos apartados del PPT y del PCAP rectores de la licitación (ninguna de las modificaciones incluidas afectan a las Cláusulas 15, 16 y 53, ni a la posibilidad de subcontratación en el Lote 1).

Octavo. A la vista de que, desde la fecha de publicación de los pliegos rectores del procedimiento, estos parecían haber sido objeto de múltiples y sucesivas “correcciones” y “modificaciones” -según las informaciones publicadas en la Plataforma de Contratación del Estado-, pero en el expediente remitido por el Órgano de contratación no constaba documentación alguna que reflejara la realidad de dichas modificaciones -es decir, los acuerdos adoptados formalmente para la modificación de los pliegos-, con fecha 21 de enero de 2014 este Tribunal requirió al Órgano de contratación para que aportara las resoluciones adoptadas por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa por las cuales se habrían acordado las correspondientes modificaciones, concretamente las relativas a las Cláusulas 15, 16 y 53, que son las que interesan en el presente recurso.

En cuanto a la aportación de los acuerdos de modificación de los pliegos, ante el requerimiento efectuado por este Tribunal, se remitió por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa un informe denominado “Resumen de modificaciones efectuadas en el PCAP e incorporadas en el PCAP consolidado”, en el que: i) en primer lugar, informaba de que todas las modificaciones efectuadas en el PCAP del Acuerdo Marco para el Servicio de Operador Logístico de las Fuerzas Armadas fueron publicadas en la Plataforma de Contratación del Estado, que las mismas se encontraban recogidas en un

PCAP Consolidado publicado también en la Plataforma, y que **dichas modificaciones fueron aprobadas por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa en su reunión celebrada el día 22 de enero de 2014** (es decir, según dicha información, **las modificaciones fueron aprobadas con posterioridad a la publicación de las mismas en la Plataforma de Contratación del Estado**, y con posterioridad también a la fecha en que se requirió a la Junta para que acreditara la realidad de dichos acuerdos, circunstancia ésta que dejamos aquí apuntada, y más adelante procederemos a valorar); ii) en segundo lugar, contenía un resumen de las modificaciones del PCAP aprobadas por la Junta, referentes a las Cláusulas 15, 16, 22, 26, 53 y 60.

Junto al informe señalado, se adjuntó copia del Acta de la reunión de la Junta de Contratación el Ministerio de Defensa de 22 de enero de 2014. En dicho documento se dedica un apartado específico -Apartado Segundo- a las “actuaciones efectuadas en el expediente del Acuerdo Marco para el Servicio de Operador Logístico para las Fuerzas Armadas en el Ministerio de Defensa”, en el que, tras informar sobre los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por ESTÉLLEZ y AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS S.A.U, se exponía lo siguiente (por su importancia, pasamos a transcribir el contenido del Acta en este punto):

“Con objeto de facilitar y mejorar el nivel de concurrencia en la licitación, con fecha 17 de enero de 2014 se publicó, en la Plataforma de Contratación el Estado, una NOTA ACLARATORIA sobre las preguntas realizadas en el expediente, sobre las modificaciones efectuadas en el PCAP, y se procedió a una nueva ampliación de plazos, realizándose la correspondiente modificación el anuncio de licitación.

*En la citada Nota aclaratoria, además de clarificar las preguntas más problemáticas, **se admiten algunas de las solicitudes/alegaciones de las recurrentes**, anteriormente citadas. En concreto:*

1ª) Se acepta la solicitud de modificar la cláusula 53 del PCAP, y por tanto se modifica el PCAP en el sentido de permitir la subcontratación hasta el 100% de las prestaciones en el Lote 1.

2ª) Se clarifica que el principio general exige que los certificados de calidad deben ser acreditados por todos los integrantes de la UTE, pero se admite que pueden existir excepciones a este principio general [...]

En la Nota aclaratoria se recuerda, asimismo, lo dispuesto en el artículo 63 del TRLCSP sobre la posibilidad de “Integración de solvencia con medios externos”.

En la Nota aclaratoria también se informa de una nueva ampliación de plazos realizada [...].

Finalmente, se publicó, en la Plataforma de Contratación del Estado, el TEXTO CONSOLIDADO DEL PCAP, que incluye todas las modificaciones realizadas”.

Noveno. Con fecha 24 de febrero de 2014 este Tribunal acordó la suspensión del procedimiento de contratación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales es competente para resolver el recurso especial en materia de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 del TRLCSP.

Segundo. Tanto ESTÉLLEZ como AIR EUROPA LÍNEAS AÉREAS S.A.U se encuentran legitimadas para interponer el presente recurso, pues su objeto social está relacionado con el objeto del contrato, pudiendo en consecuencia tomar parte en la licitación del mismo, y ostentando, por tanto, un claro interés legítimo en la impugnación de los pliegos rectores del contrato, si considera que le ocasionan algún perjuicio.

Tercero. La interposición de ambos recursos se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44 del TRLCSP, computado según lo dispuesto en el apartado 2. a) de dicho precepto.

En efecto, el recurso fue presentado con fecha 9 de diciembre de 2013, dentro por tanto del plazo señalado, debiendo computarse el mismo desde la fecha en que se hizo pública

en la Plataforma de Contratación del Estado la modificación de los pliegos que constituye el origen de la presente litis –publicación que tuvo lugar los días 22 de noviembre y 2 de diciembre, además de la publicación de las respuestas a las preguntas formuladas por los interesados en la licitación, que tuvo lugar entre los días 29 de noviembre y 4 de diciembre de 2013-.

Cuarto. El recurso fue debidamente anunciado ante el Órgano de contratación con carácter previo a su interposición.

Quinto. Constituye el objeto del recurso los pliegos que rigen la contratación de un Acuerdo Marco para la prestación de un servicio, cuyo valor estimado asciende a la cantidad de 137.200.000 euros, siendo superior, por tanto, al umbral establecido para determinar la condición de sujeto a regulación armonizada -414.000 euros, según el artículo 5 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (en adelante, LCSPDS).

En consecuencia, el acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación con arreglo al artículo 59 de la LCSPDS en relación con los artículos 40.1.a) y 40.2.b) del TRLCSP.

Sexto. Para abordar el examen de las cuestiones de fondo planteadas por las entidades recurrentes se hace preciso distinguir dos grupos de cuestiones, respecto de los cuales se aducen motivos de impugnación:

- i. Por un lado, los aspectos relativos a la interpretación manifestada por el Órgano de contratación de la exigencia de los requisitos de solvencia en los casos de empresas contenidas en UTE contenida en la respuesta a las preguntas de los interesados publicada en la Plataforma de Contratación del Estado con fecha 2 de diciembre de 2013.
- ii. Por otro lado, los aspectos relativos a las modificaciones de los pliegos referentes a las Cláusulas 15, 16 y 53 del PCAP.

A continuación analizaremos separadamente cada uno de los aspectos apuntados.

Séptimo. i) Aspectos relativos a la exigencia de los requisitos en materia de seguridad de la información previstos en las Cláusulas 16 y 17 del PCAP en caso de empresas en UTE

Según se ha indicado anteriormente, con fecha 2 de diciembre de 2013 se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado “Nota informativa” recogiendo la respuesta del Órgano de contratación a la pregunta formulada por un interesado en la licitación acerca de la necesidad, en caso de concurrencia de varias empresas en UTE, de que cada uno de los requisitos contenidos en las Cláusulas 15, 16 y 17 del PCAP fueran cumplidos por cada uno de los miembros de la futura UTE, o la admisibilidad de acumulación de dichos requisitos, bastando con que uno de los miembros de la futura UTE los cumpliera.

La respuesta publicada fue la siguiente: *“Para los requisitos de la Cláusula 15 [que lleva por rúbrica “requisitos de solvencia económica y técnica o profesional”], se permite la acumulación de solvencias y clasificaciones [este criterio ha sido posteriormente matizado en relación con la posesión de las certificaciones de calidad]. Para las habilitaciones de seguridad en la información relacionadas en las Cláusula 16 y 17, todos los integrantes de la UTE deben tener las habilitaciones de seguridad exigidas que, como se cita en la cláusula 40 del PCAP, deben entregarse obligatoriamente en el momento de la formalización del contrato”.*

Debe señalarse que las Cláusulas 15, 16 y 17, referentes a los requisitos de solvencia y a los requisitos generales y específicos de seguridad en la información, respectivamente, no contemplan el supuesto de que concurren empresas en UTE, a los efectos de la exigencia del cumplimiento de dichos requisitos, guardando silencio el PCAP acerca de este extremo.

La entidades recurrentes muestran su disconformidad con el criterio contenido en la respuesta transcrita, en lo que se refiere a la exigencia de las habilitaciones en materia de seguridad (Cláusulas 16 y 17), entendiéndose que únicamente habría de exigirse que sea titular de las habilitaciones de seguridad requeridas la empresa miembro de la UTE que se responsabilice de manejar y almacenar la documentación clasificada, en los términos que se desarrollan en el escrito del recurso, y afirmando que el criterio sostenido por la Administración contratante implica una indebida restricción de la concurrencia,

especialmente teniendo en cuenta el reducido número de empresas que disponen de las habilitaciones requeridas.

Frente a ello, el Órgano de contratación, en su informe, mantiene la corrección del criterio impugnado, por las razones que se exponen en el mismo.

Una vez descrita –siquiera resumidamente- la cuestión controvertida, y las posiciones de las partes acerca de la misma, debemos observar que lo que las entidades recurrentes están impugnando en este caso no es, en puridad, una cláusula determinada de los pliegos rectores del procedimiento de contratación -cuya impugnabilidad se encuentra expresamente prevista en el artículo 40 del TRLCSP-, sino que lo que se impugna es el criterio manifestado por el Órgano de contratación en fase de presentación de proposiciones, a través de la respuesta publicada a una pregunta formulada por un interesado en la licitación, acerca de cómo debe interpretarse determinada cláusula de los pliegos, concretamente la Cláusula 16, en el supuesto de que concurren varias empresas en UTE.

Pues bien, la pretensión de las entidades recurrentes de que revise la interpretación indicada no puede ser atendida, ante todo por no dirigirse la impugnación, en este punto, frente a un acto que sea, efectivamente, susceptible de recurso.

En efecto, no cabe considerar la respuesta a las preguntas de los eventuales licitadores como un “acto de trámite” adoptado en el procedimiento de licitación y que merezca la condición de “cualificado” a los efectos del artículo 40.2.b) del TRLCSP. Y ello sin perjuicio de la posibilidad de recurrir los concretos acuerdos que se adopten en el seno del procedimiento de licitación, como consecuencia de la aplicación del criterio interpretativo manifestado en la respuesta publicada en la Plataforma de Contratación del Estado y que es rebatido en el presente recurso por las entidades recurrentes. Así, en el supuesto examinado, si se diera el caso de que cualquiera de ellas concurre en UTE al procedimiento de licitación, y resulta excluida del mismo con motivo de que solo una de las empresas miembros de la UTE reúne las certificaciones de seguridad exigidas, podrá impugnar el acto de exclusión con base en lo que considere una inadecuada aplicación de la Cláusula 16 del PCAP.

Octavo. ii) Aspectos relativos a las modificaciones de los pliegos referentes a las Cláusulas 15, 16 y 53 del PCAP.

Tal como ha quedado reflejado en el relato fáctico anteriormente descrito, en el supuesto analizado se da la circunstancia de que, con posterioridad a la aprobación de los pliegos y al anuncio de la convocatoria de la licitación, y antes del vencimiento del plazo de presentación de proposiciones (fecha que ha sido objeto de sucesivas posposiciones), se fueron publicando en la Plataforma de Contratación del Estado sucesivas “Notas informativas” haciendo constar (entre otros extremos) diferentes modificaciones de cláusulas del PCAP y del PPT rectores de la licitación (modificaciones que, a su vez, han sido nuevamente revisadas en algunos de los casos), habiéndose procedido a publicar en la Plataforma, con fecha 17 de enero de 2014, un “PCAP consolidado” recogiendo distintas modificaciones publicadas (no todas, puesto que con posterioridad, en fecha 24 de enero, se publicaron en la Plataforma nuevas modificaciones del PCAP y del PPT no recogidas en la versión consolidada).

En concreto, a los efectos del presente recurso especial en materia de contratación, hemos de centrarnos en las modificaciones que afectan a las cláusulas 15, 16 y 53 del PCAP.

En el momento de presentarse el primero de los recursos -9 de diciembre de 2013-, las modificaciones que se habían publicado de dichas Cláusulas eran las siguientes:

22/11/2013. Publicación de “Nota Informativa” en la que se hace constar la modificación de la **Cláusula 16** del PCAP en el siguiente sentido: “*DONDE DICE: Para el manejo del material especial OTAN (crypto, COMSEC/SIGINT y atoma)...* *DEBE DECIR: Para el manejo del material de categoría especial OTAN/UE/ESA (material de Crypto)...*”.

2/12/2013. Publicación de “Nota informativa” en la que se recoge la modificación de las Cláusulas 15 y 53 del PCAP en el siguiente sentido: i) **Cláusula 15:** Punto 2.1, “*Donde dice “OSHAS... 18001:2007” debe decir “OSHAS...18001:2008”*”; ii) **Cláusula 53:** Se suprime el punto que dispone lo siguiente: “*Para el Lote 1 las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no podrán exceder el 100% menos el “Porcentaje sobre el precio de transportes especiales” (definido como criterio D) ofertado*”.

para la adjudicación del acuerdo marco”, con lo que, según entiende la entidad recurrente, se reduciría al 60% el porcentaje de subcontratación permitido, por aplicación del artículo 227.2.e) del TRLCSP.

Las entidades recurrentes consideran que las modificaciones apuntadas vienen a introducir nuevas exigencias para los licitadores, constituyendo un cambio sustancial en el PCAP inicialmente aprobado, cambio que, por lo demás -afirma- vendría a otorgar indirectamente una ventaja a la empresa que está actualmente ejecutando el contrato.

Dejando de lado esta última manifestación -que, por lo demás, las entidades recurrentes se limitan a apuntar, sin ofrecer ningún dato concreto que permita respaldar dicha afirmación, ni explicar las razones por las cuales se pudiera alcanzar dicha conclusión-, debemos centrar nuestra atención en el motivo de impugnación relativo a la supuesta modificación sustancial de los pliegos llevada a cabo tras su aprobación inicial.

En este punto debemos partir de una constatación esencial, y es que los pliegos que rigen determinada contratación no pueden, con carácter general, una vez aprobados, ser modificados por el Órgano de contratación, si no es a través de alguno de los cauces que el ordenamiento jurídico articula para ello y que serían, en principio, los tres siguientes: i) el cauce la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos previsto, con carácter general, en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 75 del RGCAP; ii) el cauce de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho previsto en el artículo 102 de la LRJPAC; iii) y el cauce de la declaración de lesividad y posterior anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de los actos anulables previsto en el artículo 103 de la LRJPAC. Fuera de los casos de errores materiales, de hecho o aritméticos, no está el Órgano de contratación habilitado para modificar unilateralmente las cláusulas de los pliegos aprobados por el mismo, con la sola excepción de que la cláusula en cuestión fuera nula de pleno derecho o anulable, en cuyo caso habría de seguirse el procedimiento establecido al efecto.

Consideramos importante incidir en este punto por cuanto en el supuesto examinado llama extraordinariamente la atención las numerosas ocasiones en que se ha ido publicando en la Plataforma de Contratación del Estado modificaciones afectantes a la

redacción de diferentes cláusulas del PCAP y del PPT rectores de la licitación, alcanzando, en algunos casos, a aspectos que podrían no constituir simples errores aritméticos o materiales de los pliegos originarios, sino que podrían implicar verdaderos cambios de criterio sobre determinados aspectos (de hecho, en muchos de los casos ni siquiera se hace constar que la modificación obedezca a la corrección de una “errata”, limitándose a señalar el contenido de la misma); lo que parece denotar una errónea creencia por parte del Órgano de contratación de ostentar una no atribuida potestad de modificación unilateral de los pliegos inicialmente aprobados.

Una vez expuestas las anteriores consideraciones, en buena lógica el siguiente paso consistiría en analizar si, en el supuesto sometido a examen, las modificaciones acometidas por el Órgano de contratación de las cláusulas 15, 16 y 53 del PCAP –que son las referidas por la entidad recurrente- constituyen, en rigor, una rectificación de errores incardinable en el artículo 105.2 de la LRJPAC, en cuyo caso la “modificación” resultaría procedente, o bien exceden del ámbito de dicho supuesto, y constituyen –en palabras del recurrente- un “cambio sustancial”, y por tanto, improcedente. Para acometer dicha tarea habría que partir del examen de la doctrina jurisprudencial formulada en relación con la delimitación de los conceptos de error material, de hecho o aritmético, que, en general, viene a identificar dichos errores con *“aquellos cuya corrección no implica un juicio valorativo, ni exige operaciones de calificación jurídica, por evidenciarse el error directamente, al deducirse con plena certeza del propio texto de la resolución, sin necesidad de hipótesis o deducciones”*, o bien *“meras equivocaciones elementales, que se aprecian de forma clara, patente, manifiesta y ostensible, evidenciándose por sí solos, sin que sea preciso acudir a ulteriores razonamientos, ni a operaciones valorativas o aclaratorias sobre normas jurídicas”*.

Ahora bien, existe en este caso una circunstancia que va a hacer innecesario abordar dicho examen, y que se refiere a la propia existencia de los acuerdos que supuestamente habrían modificado los pliegos en las cláusulas señaladas.

En efecto, según ha quedado reflejado en el relato fáctico de la presente Resolución (apartado Octavo), este Tribunal, al apreciar que el expediente remitido por el Órgano de contratación no incluía copia de ninguna de las resoluciones acordando las sucesivas rectificaciones de los pliegos, y ni siquiera se hacía referencia en alguno de los

documentos del expediente a dichas resoluciones, limitándose a adjuntar las “Notas”, no firmadas por ninguna persona, publicadas en la Plataforma de Contratación del Estado, informando sobre las modificaciones supuestamente aprobadas, en definitiva, no constando documentación alguna que reflejara la realidad de dichas modificaciones, con fecha 21 de enero de 2014 requirió al Órgano de contratación para que aportara las resoluciones adoptadas por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa por las cuales se habrían acordado las distintas modificaciones.

Pues bien, inmediatamente después de recibir dicho requerimiento, según se desprende de la información contenida en el escrito remitido, de fecha 23 de enero de 2014, firmado por el Secretario de la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa, dicha Junta habría procedido a acordar las modificaciones en cuestión con fecha 22 de enero, lo que viene a suponer el reconocimiento de que hasta dicha fecha no habían sido acordadas, a pesar de haberse publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, actuación ésta que evidenciaría una manifiesta irregularidad. En efecto, el escrito señalado comienza como sigue:

“Se relacionan a continuación las modificaciones efectuadas en el PCAP del Acuerdo marco para el servicio de Operador Logístico para las Fuerzas Armadas.

Todas estas modificaciones fueron publicadas en la Plataforma de Contratación el Estado como contestación a diversas preguntas efectuadas en el expediente.

Asimismo, todas las modificaciones se encuentran recogidas en el PCAP CONSOLIDADO, publicado en la Plataforma de Contratación del Estado [el denominado “PCAP CONSOLIDADO” fue publicado el día 17 de enero de 2014].

Estas modificaciones han sido aprobadas por la Junta de Contratación del Ministerio de Defensa en reunión celebrada el 22 de enero de 2014 (Acta número 146/14) [...]”

Resulta ciertamente llamativo que, siendo así que la Junta de Contratación sólo habría procedido a modificar los pliegos en el momento de ser requerido para aportar los acuerdos modificativos (que, en rigor, deberían haber sido anteriores a la publicación de las modificaciones en la Plataforma), en el informe evacuado al efecto y remitido a este

Tribunal se haga referencia tangencial a tal circunstancia, y no se ofrezca explicación alguna acerca del particular.

Pero la situación deviene aún más desconcertante cuando acudimos al Acta de la reunión de la Junta de Contratación el Ministerio de Defensa de 22 de enero de 2014 y comprobamos que, frente a lo manifestado en el informe del Secretario de dicho Órgano de fecha 23 de enero, no es cierto que la Junta, en dicha reunión, hubiera aprobado las modificaciones de los pliegos que habían venido siendo anteriormente publicadas en la Plataforma de Contratación del Estado. En efecto, en el Acta de la reunión no se hace constar ningún acuerdo adoptado por la Junta en tal sentido. Se deja constancia, eso sí, de que con fecha 17 de enero de 2014, se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado una “NOTA ACLARATORIA” con el contenido que se describe, y se publicó “el TEXTO CONSOLIDADO DEL PCAP, que incluye todas las modificaciones realizadas”. Pero ello dista de constituir la plasmación de un acuerdo de la Junta aprobando la modificación o modificaciones sucesivas de los pliegos anteriormente publicadas: ni expresa la voluntad clara e inequívoca de la Junta de aprobar las modificaciones en cuestión, ni, por lo demás, se exponen las razones que determinarían la viabilidad de dichas modificaciones, a través del cauce de la rectificación de errores. La falta de claridad en la actuación de la Junta resulta ciertamente difícil de justificar, teniendo en cuenta que había sido requerida específicamente por este Tribunal para aclarar este extremo.

Como consecuencia de lo expuesto, resulta que, más allá de valorar si las “modificaciones” de los pliegos publicadas en la Plataforma de Contratación del Estado eran, o no, procedentes, por ser encuadrables en el supuesto de hecho previsto en el artículo 105.2 de la LRJPAC, y más allá también de valorar si la aprobación de las “modificaciones” en un momento del procedimiento de contratación posterior a la publicación de las mismas, y a la interposición de recurso especial en materia de contratación por uno de los licitadores, podría haber subsanado las eventuales deficiencias acaecidas en el procedimiento, en el supuesto examinado se da la circunstancia de que de dichas modificaciones ni siquiera han sido acordadas por el Órgano de contratación, único competente para ello de conformidad con el artículo 110 TRLCSP a cuyo tenor: *“Completado el expediente de contratación, se dictará resolución*

motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución implicará también la aprobación del gasto...". En consecuencia, ningún efecto debe derivar de las distintas publicaciones efectuadas en la Plataforma de Contratación del Estado en relación con la modificación de las Cláusulas 15, 16 y 53 del PCAP, debiendo considerarse dichas modificaciones en cualquier caso, como un acto nulo de pleno derecho al haber sido dictado prescindiendo totalmente del procedimiento legalmente establecido para la aprobación del acto administrativo, causa de tal nulidad a que se refiere el artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en relación con el artículo 32, a) TRLCSP.

Noveno. Finalmente debemos señalar que, de acuerdo con el criterio contenido en nuestra Resolución núm.14/2014, dictada en un supuesto similar al ahora planteado, de haberse acordado formalmente la modificación de las cláusulas correspondientes de los pliegos (cosa que no ha sucedido), y de ser susceptible de calificarse dicha modificación como rectificación del artículo 105.2 de la LRJPAC (extremo sobre el que no nos hemos pronunciado), aun así cabría apreciar irregularidades en la tramitación el procedimiento. En efecto, aunque no hubiera habido un cambio sustancial en el contenido de los pliegos cláusulas administrativas particulares o de prescripciones técnicas, sí ha habido distintas aclaraciones que afectan a la forma de acreditar la solvencia o a los porcentajes de subcontratación, por lo que resulta necesario que se cumplan los plazos mínimos para la presentación de las ofertas, conforme al artículo 75 del RGLCAP, de conformidad con el cual: *“Cualquier aclaración o rectificación de los anuncios de contratos será a cargo del órgano de contratación y se hará pública en igual forma que estos, debiendo computarse, en su caso, a partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones”*. En el contrato que nos ocupa, hay que estar en primer lugar al artículo 27 de la LCSPDS que indica que: *“Los órganos de contratación fijarán los plazos de presentación de solicitudes de participación y de ofertas y al hacerlo tendrán en cuenta el tiempo que razonablemente sea necesario para prepararlas, en atención a la complejidad del contrato y sin perjuicio de los plazos mínimos establecidos en esta Ley”*. No obstante, tratándose de un procedimiento abierto, el artículo 38 de la LCSPDS remite para la tramitación del procedimiento *“a lo dispuesto en los artículos 141 a 145 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, pudiéndose incluir como*

condiciones de ejecución obligaciones relativas a la seguridad de la información y a la seguridad del suministro, en los términos establecidos en la presente Ley”.

Esta remisión hay que entenderla hecha, en cuanto a los plazos para la presentación de proposiciones, al actual artículo 159 del TRLCSP, y siendo un contrato sujeto a regulación armonizada el plazo mínimo, si se diese acceso por medios electrónicos y se enviase el anuncio al DOUE también por medios electrónicos, sería de 40 días desde el envío a la Comisión Europea (52 días, menos 5 días, menos 7 días) y sin que haya ninguna reducción adicional por el hecho de tratarse de un procedimiento de urgencia conforme al dictado del artículo 122.2 TRLCSP.

Por lo tanto, no se respetó este plazo, pues entre el 13 de diciembre hasta el 17 de enero no median 40 días sino 35 días. Lo mismo ocurre con los nuevos pliegos consolidados, para los que no se ha respetado ni el plazo mínimo de los 40 días.

Adicionalmente interesa señalar que, el artículo 75.2 del RGCAP, antes transcrito, exige que la publicación de las modificaciones se haga en igual forma que el anuncio, lo que en este caso implica su publicación, además de en la Plataforma, en el BOE y en el DOUE.

Estas consideraciones, aunque no alteran la conclusión sentada en los fundamentos de derecho anteriores, deben ser tenidas en cuenta por el órgano de contratación para el supuesto de que, convocada una nueva licitación, los pliegos de la misma hubieran de sufrir rectificaciones o aclaraciones en los términos a que se refiere el ya citado artículo 75 del RGLCAP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por la empresa HIJOS DE JUSTO M. ESTÉLLEZ, S.A., en lo que se refiere al motivo de impugnación relativo a la interpretación manifestada por el Órgano de contratación de la exigencia de las habilitaciones en

materia de seguridad en los casos de empresas contenidas en UTE contenida en la respuesta a las preguntas de los interesados publicada en la Plataforma de Contratación el Estado con fecha 2 de diciembre de 2013.

Segundo. Estimar el recurso, en lo que se refiere al motivo de impugnación relativo a las modificaciones de las cláusulas 15, 16 y 53 del PCAP, por las razones y con los efectos indicados en los Fundamentos de Derecho Octavo y Noveno.

Tercero. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación acordada por este Tribunal el 24 de febrero de 2014.

Cuarto. 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 47.4 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 de la Audiencia Nacional, 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 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.