



Recurso nº 1036/2015 C.A. Galicia 143/2015

Resolución nº 1009/2015

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 30 de octubre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.H.T., en nombre y representación de SRCL CONSENUR, S.L., contra la resolución de la Gerencia de Gestión Integrada de Vigo, Servicio Gallego de Salud, de adjudicación del contrato de "*Servicio de gestión de residuos*", (nº de expediente AB-EIV1-15-009), este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Gerencia de Gestión Integrada de Vigo convocó, mediante anuncio publicado en el DOUE el 13 de junio de 2015, en el BOE el 20 de junio y en DOG el 25 de junio el 20 de mayo, así como en el perfil de la Xunta de Galicia y en la Plataforma de Contratos de Galicia el 15 de junio, licitación para adjudicar por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria el contrato de "*Servicio de gestión de residuos*", (número de expediente: AB-EIV1-15-009), por un valor estimado de 1.225.447,39 euros (sin IVA).

En el mismo día de la publicación en el perfil del contratante se informa de un error producido en el anuncio en el DOUE en relación con la indicación del valor estimado del contrato, rectificación que se publica en el mismo DOUE el 20 de junio de 2015, así como de un error en la fecha de la resolución de convocatoria. Además, se detecta en el pliego de cláusulas administrativas particulares un error en la indicación de la clasificación exigible cuya corrección se publica en el perfil del contratante.

Segundo. La licitación se lleva a cabo de conformidad con los trámites previstos 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, en las disposiciones de desarrollo de la



Ley y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

Tercero. SRCL CONSENUR, S.L presentó escrito interponiendo recurso especial en materia de contratación contra la resolución de adjudicación del contrato de referencia, solicitando que se deje sin efecto la misma, por carecer la entidad adjudicataria de la clasificación exigida por el pliego de cláusulas administrativas particulares para licitar al lote 2, y que se proceda a adjudicarle el contrato

Cuarto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe.

Quinto. Por la Secretaría del Tribunal se ha puesto de manifiesto el expediente a los restantes licitadores a fin de que puedan formular las alegaciones que estimen convenientes, formulándolas la empresa adjudicataria para sostener que ostenta la clasificación exigida para licitar al lote 2 de acuerdo con la modificación de los pliegos publicada en el perfil del contratante.

Sexto. El 22 de octubre de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del procedimiento de contratación, producida de conformidad con lo establecido en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 41.3 del TRLCSP y en el marco del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Comunidad Autónoma de Galicia sobre atribución de competencias de recursos contractuales, suscrito el 12 de noviembre de 2013 y publicado en el BOE de 25 de noviembre de 2013.

No obstante, debe precisarse que existe un límite a la competencia de este Tribunal respecto de la pretensión de la recurrente de que se dicte resolución por la que le sea adjudicado el



lote 2 del servicio licitado. Como hemos señalado en numerosas resoluciones anteriores (como referencia la 191/2012, de 12 de septiembre), la función del Tribunal es *“exclusivamente una función revisora de los actos recurridos..., pero sin que en ningún caso pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, es decir, del órgano de contratación al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical...”*.

En atención a lo expuesto, debe inadmitirse dicha pretensión por falta de competencia de este Tribunal para resolverla, sin perjuicio de su competencia para conocer de las restantes cuestiones planteadas.

Segundo. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

Tercero. El acto recurrido ha sido dictado en el seno de un proceso de licitación relativo a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, siendo por ello susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo previsto en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Cuarto. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de un licitador que ha concurrido al procedimiento.

Quinto. Entrando en el fondo de la cuestión, manifiesta el recurrente que el adjudicatario carece de la clasificación exigida en el pliego de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación del lote 2 licitado, ya que se precisa la clasificación “Grupo: R Subgrupo: 5 Categoría: B”, mientras que la empresa adjudicataria sólo dispone de la Categoría A.

Por su parte, el órgano de contratación explica cómo se advirtió un error en la clasificación exigida inicialmente en el pliego de cláusulas administrativas particulares para el Lote 2, y el día 2 de julio de 2015 publicó en el perfil del contratante una corrección de errores en la que se anunciaba la modificación de las clasificaciones inicialmente prevista, pasándose de solicitarse la categoría “A”. Así mismo, explica con detenimiento en su informe las razones que justificaron el cambio de la categoría exigida en el pliego, con base en la regulación que



sobre la materia contiene el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

A pesar de los términos en se plantea el recurso interpuesto, la cuestión de fondo que es preciso analizar previamente es la de si es admisible que el órgano de contratación proceda a la modificación de los pliegos, cambiando la clasificación exigible a los licitadores, y si esta alteración está amparada en la normativa que rige el contrato y, en particular, en el artículo 75.2 del RGLCAP.

En este sentido, debe señalarse que, aun cuando no haya sido planteada la citada cuestión en el recurso, sí es posible que este Tribunal, como ha reconocido en la Resolución nº 103/2015, de 30 de enero, con cita de otras anteriores, analice la existencia de vicios de nulidad, de forma que puede ser declarada de oficio, aunque nadie haya solicitado la declaración, ya que le resulta de aplicación doctrina jurisprudencial en el ámbito del derecho administrativo según la cual la nulidad de pleno derecho es cuestión de orden público que puede ser apreciada de oficio.

Pues bien, sobre dicha cuestión este Tribunal se ha pronunciado recientemente en la Resolución nº 281/2015, en la que traía a colación la Resolución 133/2014, de 21 de febrero, FJ decimotercero, en la decíamos lo siguiente:

“El artículo 75 del RGLCAP refiere dos conceptos, aclaración y rectificación. El segundo queda reconducido al artículo 105 de la Ley 30/1992. El término aclaración permite un mejor entendimiento de la resolución, pero no permite la modificación del acuerdo o disposición.”

Analicemos, en primer lugar, si puede tratarse de una rectificación:

La rectificación de errores materiales, aritméticos o de hecho está prevista en el art. 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que determina:

“Las Administraciones públicas podrán, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”.

La Jurisprudencia del TS ha acotado con restrictivo criterio el contorno de la figura de la rectificación de errores identificándola con *“aquellos casos 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”.

Es relevante por resumir y citar su postura, la STS (Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 7ª) de 1 de octubre de 2012, FJ 5º. *“Tal como dijimos en la sentencia de 15 de marzo de en un supuesto parecido a éste, la jurisprudencia --nos remitíamos a la recogida por la sentencia de 5 de febrero de 2009, en su fundamento cuarto, con cita de otras precedentes y reproducción de lo dicho en la de 18 de junio de 2001 -- exige para que se pueda apreciar la existencia del error material que aquél precepto autoriza a rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de parte, los siguientes elementos:*

“(…) el error material o de hecho se caracteriza por ser “ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse prima facie por su sola contemplación” (...), de manera que la aplicación del mecanismo previsto en el citado art. 105.2 de la Ley 30/1992 requiere que concurren, en esencia, las siguientes circunstancias:

- a) Que se trate de “simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos”.*
- b) Que el error “se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte”.*
- c) Que “el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables”.*
- d) Que “no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos”.*
- e) Que “no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica)”.*
- f) Que “no padezca la subsistencia del acto administrativo es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos, produciéndose*



uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión", que requiere un procedimiento específico previsto en los arts. 102 y ss. de la Ley 30/1992 .

g) Finalmente, se viene exigiendo "que se aplique con un hondo criterio restrictivo (...)".

Del atento análisis de esta Jurisprudencia y su aplicación al supuesto de hecho controvertido, resulta que la rectificación de errores no es el medio idóneo, apto y natural para eliminar un supuesto problema interpretativo de los pliegos, según el órgano de contratación, pues la sola apreciación del supuesto dilema en la interpretación y su intento de corrección ya supondría la aplicación de un juicio valorativo y una calificación jurídica que sobrepasarían el ámbito propio de la simple rectificación de un error.

Analicemos, a continuación, si puede tratarse de una aclaración, tal y como mantiene el órgano de contratación en la propia resolución recurrida y en su informe, apelando a *"la confusión de la que adolecía la redacción de la cláusula del Anexo V, punto 5, apartados c, d, y e del pliego de condiciones"*.

De acuerdo con la doctrina expuesta, la cláusula originaria relativa a la clasificación exigible era clarísima y no admitía duda alguna en su interpretación, no contenía conceptos jurídicos indeterminados ni conceptos oscuros o susceptibles de diversas interpretaciones. Se refería de forma nítida a la concreta clasificación necesaria para licitar. Por otro lado, al rebajarse la categoría exigible de "B" a "A", aumenta el número de empresas con la solvencia suficiente para participar al procedimiento de contratación, por lo que se amplía de esta forma notablemente la concurrencia. En definitiva, el acuerdo de modificación del pliego ha producido una alteración sustancial de las condiciones de acreditación de la solvencia, y por tanto, ha modificado sustancialmente el pliego.

Sexto. Siguiendo, igualmente, la doctrina anterior, aun considerando que el acuerdo de modificación del pliego pudiera tratarse de una resolución de aclaración, ha de ponerse de relieve que no se han cumplido los plazos determinados en el art. 75.2 del RCAP, que ordena que *"debe computarse, en su caso, partir del nuevo anuncio, el plazo establecido para la presentación de proposiciones"*, y no consta en el expediente que el órgano de contratación



acordara la apertura de un nuevo plazo de presentación de proposiciones, con publicidad de las modificaciones en los Diarios Oficiales en los que se anunció inicialmente.

Finalmente, debe indicarse que este Tribunal ha declarado reiteradamente 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 (entre otras, resolución 160/2014, de 28 de febrero, FJ octavo):

a) el cauce de 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;

b) el cauce de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho previsto en el artículo 102 de la LRJPAC;

c) 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.

En consecuencia, hay que concluir que el acuerdo de modificación del pliego de cláusulas administrativas particulares es un acto nulo de pleno derecho en virtud de los artículos 32 del TRLCSP y 62.1.e) de la Ley 30/1992, puesto que dicha modificación fue realizada prescindiendo de forma total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para su elaboración y aprobación, incurriendo en vicio de nulidad radical del artículo 62 de la citada norma.

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 el recurso interpuesto por D. J.H.T., en nombre y representación de SRCL CONSENUR, S.L., contra la resolución de la Gerencia de Gestión Integrada de Vigo, Servicio Gallego de Salud, de adjudicación del contrato de "*Servicio de gestión de residuos*", (nº de expediente AB-EIV1-15-009), anulando dicho acuerdo de adjudicación y declarando la nulidad de pleno derecho de todo el procedimiento de licitación relativo al lote nº 2.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 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 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.