



Recurso nº 253/2011

Resolución nº 299/2011

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 7 de diciembre de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.M.A.G, en representación de la mercantil ENCARTACIONES, S.A., contra el acuerdo de 25 de octubre de 2011, de exclusión de su representada en el procedimiento relativo a la contratación del “Servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Bilbao (Vizcaya) y Castro Urdiales (Cantabria)”, expediente AC-CON-83/2011, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General de Transportes Terrestre del Ministerio de Fomento publicó en el Boletín Oficial del Estado del 30 de julio de 2011 y en la Plataforma de Contratación del Estado el anuncio para la licitación del contrato de concesión administrativa del servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Bilbao (Vizcaya) y Castro Urdiales (Cantabria).

Segundo. Examinada y calificada por la mesa de contratación la documentación administrativa presentada por los licitadores, en la que no se observaron omisiones o defectos en la documentación presentada por el recurrente, se procedió el 25 de octubre de 2011, en sesión pública a dar a conocer el resultado de la puntuación de las proposiciones del sobre nº 2 y a la apertura y lectura de las proposiciones sobre criterios cuantificables de forma automática (sobre nº 3). La mesa de contratación, a la vista del informe realizado por el equipo técnico de valoración, acordó excluir de la licitación a Encartaciones, S.A. *“por haber vulnerado el carácter secreto de las ofertas a que se refiere el artículo 129.2 de la LCSP, al haber incluido en el sobre nº 2 documentos correspondientes al sobre nº 3”*.

Tercero. Frente a este acuerdo de exclusión que consta notificado en la misma fecha, el 25 de octubre de 2011, la mercantil recurrente interpone, previo anuncio dirigido al órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación, dirigido al Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y presentado el 10 de noviembre de 2011, en el que solicita sea anulado *“el referido acuerdo por ser disconforme a Derecho y retrotraer las actuaciones hasta el momento en que tuvo lugar la exclusión de su oferta”*.

Al amparo de lo previsto en el artículo 316.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 14 de noviembre de 2011.

De conformidad también con el artículo 316.3 del mismo texto legal, se notificó el recurso a los demás interesados, para que en el plazo de cinco días hábiles formularan las alegaciones que a su derecho convinieran.

Cuarto. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en su reunión del día 16 de noviembre de 2011 acordó la adopción de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 313 y 316 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP en lo sucesivo), de manera que, de conformidad con lo previsto en el artículo 317 del mismo texto legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello. Así, el artículo 312 de la LCSP, establece que podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso.

Segundo. La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 314.2 a) de la LCSP.

Tercero. De conformidad con lo establecido en el artículo 311 de la LCSP, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Cuarto. Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el acuerdo de exclusión de un licitador en un contrato de gestión de servicios públicos en el que concurren los requisitos previstos en el artículo 310.1 c) de la LCSP (el presupuesto de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido es superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años), habiendo sido por tanto interpuesto el recurso contra una acto recurrible por la vía del recurso especial en materia de contratación.

Quinto. El recurrente fundamenta su escrito en los siguientes motivos: El primero, oscuridad de las cláusulas de los pliegos que resultan de aplicación, realizando un minucioso estudio de esta circunstancia. En segundo lugar invoca la inexistencia de vulneración del carácter secreto de las proposiciones, y en tercer y último lugar vulneración del principio de libre concurrencia en la contratación pública y la falta de motivación de la resolución recurrida.

En relación con la primera alegación, consistente en el error al que inducen los pliegos, redactados a juicio de la recurrente de forma oscura y contradictoria, y provocando todo ello la exclusión de su oferta, resulta imprescindible especificar y exponer en qué consiste el mismo, el error y la oscuridad invocados por el recurrente.

A este respecto, y como punto de partida, es preciso señalar 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 están relacionadas con la misma.

Hemos de partir del dato cuya errónea inclusión en el sobre nº 2 ha provocado la exclusión de la recurrente, y que tal y como se expone en el acuerdo de exclusión de 25 de octubre de 2011, ha sido: *“El porcentaje de personal con contratación estable es un criterio de valoración cuantificable de forma automática que forma parte del sobre nº 3”*.

En relación con este dato, el del porcentaje de personal con contratación estable, continúa señalando el acuerdo de exclusión, que la proposición de Encartaciones, S.A.,

se ha referido al mismo en las siguientes ocasiones en la documentación obrante en el sobre nº 2:

- *“En el índice de la proposición económica sobre criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor el licitador indica: 2.d. Porcentaje de Personal con contratación estable Doc 5.*
- *En la página primera de la misma proposición el licitador indica: Empleados: Compromiso de estabilidad en el empleo*
- *En la página segunda de la misma proposición en el párrafo final establece: En lo relativo a las condiciones laborales, tanto desde un punto de vista contractual como del desempeño de su trabajo, la totalidad de la plantilla asignada a la línea objeto de concurso es de CONTRATACIÓN ESTABLE.*
- *El documento nº 5 se titula PORCENTAJE DE PERSONAL CON CONTRATACIÓN ESTABLE y en el se detalle que el 100% de los conductores y el 100% de los empleados de apoyo tienen contrato indefinido”.*

Efectivamente, en la cláusula 4.10 del pliego de cláusulas administrativas particulares, relativa a la valoración de ofertas, en su apartado 4.10.3 se relacionan los criterios de valoración, encontrándose en el apartado 4.10.3.4 el criterio consistente en “Medidas tendentes a mejorar las condiciones de trabajo del personal de conducción”, desglosándose del siguiente modo:

“4.10.3.4. Medidas tendentes a mejorar las condiciones de trabajo del personal de conducción.....5 puntos (máximo)

- *Por incorporar un plan de seguridad en el transporte, que incluya entre otros requisitos las relaciones con la selección y formación de conductores; la recogida de datos de seguridad (quejas de pasajeros, daños, incidentes y accidentes) para su posterior análisis; y programas de gestión de la fatiga, descanso y estrés de los conductores y de actuación en casos de emergencia.....0,50 puntos (máximo)*

- *Por la realización de cursos de conducción eficiente, desde el punto de vista energético y medioambiental.....0,50 puntos (máximo)*

Porcentaje de personal con contratación estable..... .2 puntos (máximo)

Se hará una distribución directamente proporcional, asignando los 2 puntos al 100% de contratación estable

- *Compromiso de contratación femenina.....1 punto (máximo)*
- *Por incorporar planes para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores..... 1 punto (máximo)*

En cuanto a la documentación que habían de presentar los licitadores, se recoge ésta en el Anexo VI del Pliego, disponiéndose que en el sobre nº 2, relativo a la “Proposición económica sobre criterios cuya ponderación depende de un juicio de valor”, y en concreto, con respecto a su contenido, que en él se incluirán “los documentos relativos a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor”.

A continuación, dispone que “los criterios que dependen de un juicio de valor son los siguientes”:

“a) Medidas tendentes a mejorar las condiciones de trabajo del personal de conducción (cláusula 4.10.3.4)

- *Plan de seguridad en el transporte, que incluya entre otros requisitos los relacionados con la selección y formación de conductores; la recogida de datos de seguridad (quejas de pasajeros, daños, incidentes y accidentes) para su posterior análisis; y programas de gestión de la fatiga, descanso y estrés de los conductores y de actuación en casos de emergencia.*
- *Relación de cursos de conducción eficiente desde el punto de vista energético y medioambiental.*
- *Compromiso de contratación femenina.*

- *Incorporación de planes para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de los trabajadores*”.

En relación con el sobre nº 3, relativo a la “Proposición económica sobre criterios cuantificables de forma automática”, se dispone en cuanto a su contenido que en él se incluirán “los documentos relativos a los criterios cuantificables de forma automática”, y que esta proposición económica deberá redactarse ajustándose estrictamente al modelo que se adjunta al presente Pliego de condiciones.

Así efectivamente en el mencionado modelo, en el punto 4 se expone literalmente:

“4. *Medidas tendentes a mejorar las condiciones de trabajo del personal de conducción (artículo 4.10.3.4. del Pliego de condiciones):*

- *Porcentaje de personal con contratación Estable...* SI (*) NO

(*) *Indicar porcentaje ofertado*

Esta exhaustiva descripción de la forma en que los pliegos se han referido al dato “porcentaje de personal con contratación estable”, no tiene otra finalidad si no la de reflejar que con absoluta claridad los pliegos se refieren a este criterio, sin que haya lugar para dudas e interpretaciones. Así, en un primer momento se refieren a este criterio de forma general al hacer una descripción de los criterios que se tendrán en cuenta para valorar las ofertas; y en un segundo momento, para especificar en qué sobre, si en el nº 2 o en el nº 3, se introducen los documentos relativos a estos criterio, sin que por tanto pueda ser aceptada la alegación formulada en el recurso y consistente en que “*los pliegos no están redactados con la debida claridad*”.

En orden a acreditar esta alegación de que los pliegos no están redactados con la debida claridad, dice el recurrente que en cuanto a la documentación relativa al sobre nº 2, en un primer momento se hace una referencia en general a la cláusula 4.10.3.4, olvidando el recurrente que, luego de forma pormenorizada se refiere a los conceptos que comprende esta cláusula, entre los cuales no se encuentra el relativo al “*porcentaje de personal con contratación estable*”.

Podría hasta aceptarse que esta referencia general a la cláusula 4.10.3.4 a la hora de conformar la documentación del sobre nº 2, hecha, por supuesto con escasa diligencia y poco rigor, podría llevar a incluir este dato del porcentaje de personal de contratación estable en este sobre nº 2, pero lógicamente este error tiene que necesariamente ser advertido por el licitador en el momento en el que al conformar el sobre nº 3 observa que se refiere otra vez de nuevo a la cláusula 4.10.3.4, para remitirse exclusiva y lógicamente al criterio que no ha sido tenido en cuenta en el sobre nº 2, pues los sobres se presentan a licitación de forma conjunta y no sucesivamente en el tiempo.

En cualquier caso, la falta de diligencia en la preparación de la documentación que ha de formar parte de los sobres que se presentan a licitación no puede ser en ningún caso razón suficiente para salvar los errores cometidos. Además, obsérvese, tal y como se dispone en el acuerdo de exclusión de 25 de octubre de 2011 objeto de este recurso, que son múltiples las ocasiones en las que la documentación que integra el sobre nº 2 se refiere al dato de contratación estable, sin perjuicio de que sea de forma específica en el documento nº 5 cuando se refiere al dato de porcentaje en concreto de contratación estable.

En relación con esta alegación de oscuridad en la redacción de los pliegos, que como ya hemos expuesto no puede prosperar, se ha advertido que en el propio recurso se pone de manifiesto que la inclusión de estos datos relativos al personal con contratación estable en el sobre nº 2, no obedece a la tan meritada oscuridad de los pliegos, sino como expresamente se dice en el escrito de recurso (pagina 10 *in fine*): *“En el sobre nº 3, por lo tanto, no hay más posibilidad que la de rellenar una casilla con esta información, pero no hay lugar a acreditar la relación de trabajadores con sus correspondientes tipos de contrato, categoría, antigüedad en la empresa, coste, etc., que es precisamente la información que mi representada incluyó en el sobre nº 2, con el legítimo objetivo de conseguir los 2 puntos adjudicados a esta medida (lo cual supone un peso específico del 40% sobre el total asignado al grupo de medidas de la cláusula 4.10.3.4., esto es, 5 puntos).”*.

De esta declaración contenida en el recurso resulta acreditada de forma palmaria que la introducción en el sobre nº 2 de la documentación relativa a acreditar que todo el personal tendría carácter estable fue la única opción que tenía para acreditar este

extremo, que tal y como se expone, le permitiría conseguir los 2 puntos adjudicados a esta medida con gran peso en el conjunto de la cláusula 4.10.3.4., porque, y volviendo otra vez a lo que expresamente dice el recurso, en el sobre nº 3, tal y como había que redactar el modelo de proposición económica, y en concreto su apartado 4, *“simplemente el licitador debe rellenar con un “sí” o “no” el apartado en cuestión e incluir el porcentaje de persona con contratación estable”*.

De este modo, partiendo de la claridad de la redacción de las cláusulas del pliego, y existiendo un reconocimiento expreso del licitador en su propio recurso relativo a que la forma en como el dato relativo al porcentaje de contratación estable, a su juicio no quedaba suficientemente bien acreditado a través de la fórmula que exigía el pliego, él decidió hacer constar este dato en el sobre nº 2, de forma extensa (relación de trabajadores con sus correspondientes tipos de contrato, categoría, antigüedad en la empresa, coste, etc), no queda más que desestimar esta alegación y confirmar el carácter ajustado a derecho del acuerdo de exclusión.

Sexto. A los efectos de lo concluido en el punto anterior de esta resolución, 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 deja 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 Sección 4ª 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 esta sobre aquellas*, artículo 1.281 del Código Civil) y también a la propia interpretación lógica de las cláusulas del contrato. No se puede olvidar que el artículo 1.282 del Código Civil, en relación con el alcance y contenido de las reglas interpretativas en materia contractual, exige tener en cuenta para

juzgar de la intención de los contratantes, los actos de aquéllos coetáneos y posteriores al contrato.

En última instancia, es necesario apuntar que una interpretación distinta llevaría a una interpretación del pliego en contra de su contenido natural, lo cual implicaría una grave vulneración del principio de seguridad jurídica y una ruptura del principio de igualdad, para aquellos licitadores que han respetado el contenido el pliego de cláusulas aquí discutidas.

Séptimo. En cuanto a las demás alegaciones del escrito del recurso, las relativas a la inexistencia de vulneración del carácter secreto de las proposiciones, y en tercer y último lugar vulneración del principio de libre concurrencia en la contratación pública y la falta de motivación de la resolución recurrida, es forzoso referirnos a la resolución nº 147/2011 de este Tribunal, dictada en un supuesto de características similares al que ahora nos ocupa.

Así, efectivamente el artículo 1 de la Ley de Contratos del Sector Público establece entre sus fines el garantizar el principio de *“no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”*. En el mismo sentido el artículo 123 de la citada Ley señala que *“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio”*.

El principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad-Bau y otros).

Asimismo, el artículo 129 de la Ley de Contratos del Sector Público, relativo a las proposiciones de los interesados, señala que: *“1. Las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna. 2. Las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la licitación pública, (...)”*. Estableciendo el artículo 144.1 para el procedimiento abierto, respecto al examen de las proposiciones que: *“El órgano competente para la valoración de las proposiciones calificará previamente la documentación a que se refiere el artículo 130, que deberá presentarse por los licitadores en sobre distinto al que contenga la proposición, y procederá posteriormente a la apertura y examen de las proposiciones, (...)”*. Ello significa que las proposiciones de los interesados, conteniendo tanto las características técnicas como económicas, además de cumplir las exigencias del pliego, deben mantenerse secretas hasta el momento en que, de conformidad con el pliego, deban ser abiertas, debiendo presentarse en sobres independientes.

Finalmente el artículo 134 de la Ley de Contratos, al regular los criterios de valoración de las ofertas, dispone que: *“2. Los criterios que han de servir de base para la adjudicación del contrato se determinarán por el órgano de contratación y se detallarán en el anuncio, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo. (...) La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.”* En efecto, la razón de ser de que la valoración de los criterios técnicos se realice antes de conocer la oferta económica es evitar que ese conocimiento pueda influir en la valoración a realizar por los técnicos, y así mantener la máxima objetividad en la valoración de los criterios cuya cuantificación dependa de un juicio de valor.

Al hilo de lo ahora expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 68/08 de 2 de diciembre, dispone que la única solución posible es la inadmisión de las ofertas en las que las documentaciones hayan sido presentadas de manera que incumplan los requisitos establecidos en el pliego con respecto a la forma de presentar las mismas.

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. J.M.A.G, en representación de la mercantil ENCARTACIONES, S.A., contra el acuerdo de 25 de octubre de 2011, de exclusión de su representada en el procedimiento relativo a la contratación del “Servicio de transporte público regular permanente y de uso general de viajeros por carretera entre Bilbao (Vizcaya) y Castro Urdiales (Cantabria)”, por ser ajustado a derecho.

Segundo. Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 315 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

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, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.