

Roj: **SAN 978/2013** - ECLI: **ES:AN:2013:978**Id Cendoj: **28079230062013100097**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **6**Fecha: **07/03/2013**Nº de Recurso: **387/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **MARIA ASUNCION SALVO TAMBO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a siete de marzo de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 387/2011 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora D^a Amparo Ramírez Plaza, en nombre y representación de **ASESORÍA LINGÜÍSTICA THÁMESIS, S.L.**, contra Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 8 de junio de 2011, **sobre adjudicación del contrato de servicio de enseñanza de idiomas en el Centro de Estudios Jurídicos**; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte actora interpuso, en fecha 29 de julio de 2011, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPlico A LA SALA Que teniendo por presentado este escrito y documentos anexos con sus copias, los admita, tenga por formulada demanda contra la resolución de 29 de marzo de 2011 del Centro de Estudios Jurídicos (Ministerio de Justicia), así como contra la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 8 de junio de 2011, que desestimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Asesoría Lingüística Thamesis SL contra la anterior resolución de adjudicación del contrato de servicio de enseñanza de idiomas en el CEJ (Lote 1) a Interlang; y, en consecuencia, se digne dictar Sentencia por la que, con estimación del presente recurso: declare la nulidad y/o anulabilidad de la Resolución de 29 de marzo de 2011 del Centro de Estudios Jurídicos, del Ministerio de Justicia, por la que se adjudica definitivamente el contrato del servicio de enseñanza de idiomas en el CEJ, así como la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de fecha 8 de junio de 2011, que desestimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por mi mandante frente a la anterior resolución; y, ulteriormente se proceda a la apertura del procedimiento de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, para determinar la indemnización procedente."

2. De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"dicte Sentencia desestimatoria, con expresa condena en costas a la recurrente"*.

3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 2 de abril de 2012 acordando el recibimiento a prueba habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de 20 de febrero de 2013 se señaló para votación y fallo el día 5 de marzo de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.



4. En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido **Ponente la Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1. Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 8 de junio de 2011, en cuya virtud se acuerda desestimar el recurso especial interpuesto contra la adjudicación del contrato de servicio de enseñanza de idiomas en el Centro de Estudios Jurídicos.

Dicho recurso especial se interpuso por la hoy actora, ASESORÍA LINGÜÍSTICA THÁMESIS, S.L. contra la resolución del Centro de Estudios Jurídicos, de 29 de marzo de 2011, por la que se adjudicó el contrato de servicio de enseñanza de idiomas en el mencionado Centro a la empresa INTERLANG, en relación al lote 1 del precitado contrato.

2. Son antecedentes relevantes para la presente decisión los siguientes:

- El 18 de octubre de 2010, la Dirección del Centro de Estudios Jurídicos (en adelante CEJ) acordó iniciar el procedimiento de licitación del contrato de servicio de enseñanza de idiomas de acuerdo con la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público. El mismo día se declaró la urgencia en la tramitación de dicho contrato.

- El 21 de octubre de 2010, la Abogacía del Estado informó favorablemente el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que regiría la licitación del servicio en cuestión.

- El 8 de noviembre de 2010, el Jefe de la Oficina Presupuestaria certificó la existencia de crédito adecuado y suficiente para la ejecución de este contrato.

- Con fecha 12 de noviembre de 2010 se acordó la tramitación anticipada del contrato.

- El 29 de noviembre siguiente se aprobaron los Pliegos de condiciones administrativas particulares y el Pliego de prescripciones técnicas de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 99.1 y 100.1 de la referida Ley.

- El 3 de diciembre de 2010 se publicó anuncio de la licitación, publicándose dicho anuncio en el BOE del mismo día.

- El día 13 de diciembre de 2010, la Dirección del CEJ dictó una corrección errores en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el pliego de prescripciones técnicas. La corrección de errores se publicó en la Plataforma de Contratación del Estado el día 15 de diciembre de 2010 y en el BOE el día 16 de diciembre de 2010. En esta corrección de errores se ampliaba el plazo para la presentación de ofertas. El plazo terminó el día 27 de diciembre de 2010 a las 12:00.

- El día 28 de diciembre de 2010, la Jefa de Sección del Registro General del CEJ certificó que las siguientes empresas habían presentado oferta en el procedimiento de licitación,

1. INSTITUTO FRANCÉS.

2. ASTEX.

3. LINGUACENTER.

4. Daniel (THAMESIS).

5. BERLITZ.

6. Estrella .

7. CEO, CONSULTORÍA Y FORMACIÓN.

8. AULA INTERCULTURAL.

9. INTERLANG.

10. ERASMUS LANGUAGE.

- El 11 de enero de 2011, se celebró la primera mesa de contratación del contrato de servicio de enseñanza de idiomas en el CEJ. En esta mesa se examinó la documentación administrativa general.



- El 14 de enero de 2011, se celebró la segunda mesa de contratación del servicio de enseñanza de idiomas en el CEJ. En esta mesa se examinó la subsanación de defectos en la documentación administrativa general por los licitadores.
- El 27 de enero de 2011, se celebró la tercera mesa de contratación del servicio de enseñanza de Idiomas en el CEJ. A esta mesa asistieron los licitadores. En la mesa se realizaron las siguientes actuaciones,
 - a. Leer en voz alta la puntuación obtenida por los licitadores en los criterios no evaluables de forma automática - CNEFA (sobre 2).
 - b. Leer en voz alta el contenido de los sobres 3 y 4 del procedimiento de licitación. Estos sobres contenían la oferta realizada por los licitadores de los criterios evaluables de forma automática - CEFA, así como la oferta económica.
 - c. Valoración de los criterios evaluables de forma automática y de la oferta económica,
- El 15 de febrero de 2011, se celebró la cuarta mesa de contratación. En esta mesa de contratación se resolvió el empate en la puntuación global obtenida por los licitadores Thamesis e Interlang. Se acordó elevar la propuesta de clasificación de ofertas según los lotes a la Dirección del CEJ.
- El 23 de febrero de 2011, la Dirección del CEJ clasificó las ofertas presentadas en el procedimiento de licitación "servicio de enseñanza de Idiomas en el CEJ" (anexo 1 de esta resolución). Las ofertas mejor clasificadas son las presentadas por,
 - INTERLANG para el LOTE 1 y el LOTE 4.
 - Estrella para el LOTE 2.
 - AULA INTERCULTURAL para el LOTE 3.
- Como tramite preceptivo previo a la fiscalización de la adjudicación del servicio de enseñanza de Idiomas en el CEJ, Interlang presentó la siguiente documentación,
 - a. Certificado de la AEAT de hallarse al corriente de pago de sus obligaciones tributarias (con fecha de registro de entrada de 4 de marzo de 2011).
 - b. Certificado de la Seguridad Social de hallarse al corriente de pago de sus obligaciones sociales (con fecha de registro de entrada de 4 de marzo de 2011).
 - c. Pago del Impuesto de Actividades Económicas (con fecha de registro de entrada de 4 de marzo de 2011).
 - d. Garantía definitiva por importe de 15.970,23 euros (con fecha de registro de entrada de 4 de marzo de .2011).
 - e. Listado de profesores que prestarán el servicio de enseñanza de idiomas en el CEJ (fecha de registro de entrada de 4 de marzo de 2011).
- Como tramite preceptivo previo a la fiscalización de la adjudicación del servicio de enseñanza de idiomas en el CEJ, One to one (Aula Intercultural) ha presentado la siguiente documentación,
 - a Certificado de la AEAT de hallarse al corriente de pago de sus obligaciones tributarias (fecha de registro de entrada 1 de marzo de 2011).
 - b Certificado de la Seguridad Social de hallarse al corriente del pago de sus obligaciones sociales (fecha de registro de entrada 4 de marzo de 2011).
 - c Declaración responsable de no haberse dado de baja en el impuesto de actividades económicas y resultar exento conforme a la Ley 51/2002 (con fecha de registro de entrada de 1 de marzo de 2011).
 - d. Garantía definitiva por importe de 1.144,45 euros registro de entrada 2 de marzo de 2011).
 - e. Listado de profesores que prestarán el servicio de idiomas en el CEJ (con fecha de registro de entrada 1 de marzo de 2011).
- Como trámite preceptivo previo a la fiscalización de la adjudicación del servicio de enseñanza de idiomas en el CEJ, Estrella ha presentado la siguiente documentación,
 - a. Certificado de la AEAT de hallarse al corriente de pago de sus obligaciones tributarias (fecha de registro de entrada 4 de marzo de 2011).
 - b. Certificado de la Seguridad Social de hallarse al corriente del pago de sus obligaciones sociales (fecha de registro de entrada 4 de marzo de 2011, la subsanación del certificado tiene fecha de 7 de marzo de 2011).



c. Certificado de la AEAT de hallarse dado de alta en el Impuesto de Actividades Económicas (con fecha de registro de entrada de 4 de marzo de 2011).

d Garantía definitiva por importe de 2059,47 euros (con fecha de registro de entrada 4 de marzo de 2011).

e Listado de profesores que prestarán el servicio de enseñanza de idiomas en el CEJ (fecha de registro de entrada 4 de marzo de 2011).

Por todo lo dicho, al amparo de lo dispuesto en el artículo 135.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, esta Dirección **ADJUDICA** el contrato de servicio de enseñanza de idiomas en el CEJ según se indica a continuación,

LOTE 1: INTERLANG.

LOTE 2: Estrella .

LOTE 3: AULA INTERCULTURAL (ONE TO ONE).

LOTE 4: INTERLANG.

El contrato de servicio de enseñanza de idiomas en el CEJ se formalizará en documento administrativo dentro del plazo de 15 días hábiles, a contar desde el siguiente al de la remisión de esta adjudicación (artículo 140.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público).

En tanto este expediente de contratación es de tramitación anticipada, esta Dirección señala que las actuaciones practicadas en este procedimiento de licitación conservan íntegramente su validez, por subsistir las mismas circunstancias de hecho y de derecho que en su día motivaron el inicio del expediente de contratación.

- La hoy actora interpuso recurso especial en materia de contratación considerando la resolución de adjudicación no ajustada a Derecho, por haber vulnerado principios como el de concurrencia, legalidad, igualdad; alegando también infracción de los principios de seguridad jurídica y legalidad, al apreciar un error en las valoraciones efectuadas por la mesa de contratación, afectando y vulnerando, a juicio de la recurrente, los principios de concurrencia e igualdad de oportunidades consagrado en el artículo 14 de la Constitución y en el artículo 123 de la Ley 30/2007 .

- Por último, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales desestima el recurso mediante la resolución que constituye el objeto de la presente impugnación.

3. Con carácter previo, por razones de orden lógico procesal, debemos examinar la causa de inadmisibilidad del recurso planteada por el Abogado del Estado ex artículo 45.2 d).

Sostiene la Abogacía del Estado que se ha incumplido el requisito establecido en el artículo 45.2 d) LJCA .

Sin embargo el cumplimiento de la exigencia procesal establecida en el precepto invocado por el Abogado del Estado para entablar un recurso contencioso-administrativo cuando de personas jurídicas se trata, aparece cumplido por la recurrente quien ya con su demanda (documento nº 6) aportó el documento que acredita el cumplimiento de los requisitos para entablar acciones, es decir, la justificación documental de que la actora adoptó el acuerdo de impugnar el concreto acto administrativo de que se trata. Con el escrito de demanda se acompañó, en efecto, el acuerdo de la empresa Asesoría Lingüística Thámesis, S.L., adoptado en Junta General Universal celebrada el 30 de junio de 2011, que -entre otras cosas- acordó:

"Facultar a don Daniel , para que designe procuradores y encargue a letrados que interpongan recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de 29 de marzo de 2011, del Centro de Estudios Jurídicos, que adjudicó el contrato de servicio de enseñanza de idiomas a la empresa Interlang, en relación con el Lote 1, del contrato citado, así como contra la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 8 de junio de 2011, de desestimación expresa del recurso en materia de contratación, interpuesto por Asesoría Lingüística Thámesis, S.L. contra la anterior resolución de adjudicación del contrato de servicios de enseñanza de idiomas, por parte del Centro de Estudios Jurídicos" .

Resulta, pues, fuera de lugar la invocación de las sentencias reseñadas por el Abogado del Estado en la contestación a la demanda que devienen de todo punto inaplicables sobre la base de la existencia del "acuerdo de accionar" aportado por la actora con su demanda.

4. En relación al fondo del asunto la demandante basa su recurso en tres motivos:

- En primer lugar se alega infracción del artículo 135 de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), infracción que asocia de una parte a la errónea valoración de los criterios de adjudicación



correspondiente a la oferta presentada por INTERLANG y, de otra, a la indebida resolución del empate en la valoración de los criterios mediante sorteo.

- En segundo término, infracción de los artículos 123 y 135 LCSP : la adjudicación no se ha ajustado a los principios de transparencia y motivación.

- Por último infracción de la condición de los pliegos como "*lexinter partes*" según jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Con arreglo al artículo 135 de la Ley 30/2007 , aplicable "*ratione temporis*" al caso: "*El órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente. Para realizar dicha clasificación, atenderá a los criterios y adjudicación señalados en el pliego o en el anuncio pudiendo solicitar para ello cuantos informes técnicos estime pertinentes. Cuando el único criterio a considerar sea el precio, se entenderá que la oferta económicamente más ventajosa es la que incorpora el precio más bajo*".

Pues bien, en el presente caso, y con independencia de los errores o incorrecciones en las puntuaciones o valoraciones otorgadas a Interlang, quien por cierto no ha comparecido a fin de sostener la legalidad de la actuación impugnada, lo cierto es que el empate producido se resolvió a través de un método, el sorteo, no previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares ni tampoco en las prescripciones técnicas. Tal modo de proceder vulnera con toda claridad, frente a lo que se sostiene por la Administración demandada, la jurisprudencia del Tribunal Supremo que proclama que "*el Pliego de condiciones es la Ley del Contrato, por lo que ha de estarse a lo que se consigne en él*" (SSTS) de 17 de octubre de 2000 , 24 de junio de 2004 y 29 de septiembre de 2009).

En efecto, como bien se dice por la parte actora, en este caso la utilización del sorteo como método de resolución del empate fue incorrecta. Una vez producido el empate en la puntuación global obtenida por Interlang y Thámesis, se resolvió en la cuarta mesa de contratación -celebrada el 15 de febrero de 2011, mediante el "**lanzamiento al aire de una moneda**". Tal procedimiento aleatorio, si bien en sí mismo no es contrario al ordenamiento jurídico no pudo ni debió ser elegido por el órgano de contratación cuando, como en este caso acontece, el órgano de contratación no lo previó en los Pliegos. Es la propia Administración la que resuelve incoherentemente no obstante reconocer que los Pliegos son ley del contrato "*y obligan a las partes en todos sus términos*".

Por lo tanto, y frente a lo que se resuelve, no es lícito acudir a aquellas fórmulas, como la del sorteo en este caso, sin que se hallan recogidas en los pliegos porque ello ciertamente supone una actuación arbitraria, injusta y discriminatoria por parte de la Administración.

Por lo tanto, en este caso el sorteo no es forma idónea para resolver la adjudicación entre dos licitadores con ofertas con idéntica puntuación, pues con independencia de la falta de conformidad con la valoración de las puntuaciones efectuada por la mesa de contratación, un concurso público de tal entidad y cuantía económica no permite dicha aleatoriedad so pena de incurrir en arbitrariedad.

No cabe invocar, como se hace por la Administración, la aplicación analógica del artículo 87 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre , por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que admite, en efecto, la posibilidad de acudir al sorteo para decidir la adjudicación en caso de igualdad entre dos proposiciones, en los siguientes términos:

"1. Determinada por la mesa de contratación la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa, a favor de la cual formulará propuesta de adjudicación, invitará a los licitadores asistentes a que expongan cuantas observaciones o reservas estimen oportunas contra el acto celebrado, las cuales deberán formularse por escrito en el plazo máximo de dos días hábiles siguientes al de aquel acto y se dirigirán al órgano de contratación, el cual, previo informe de la mesa de contratación, resolverá el procedimiento, con pronunciamiento expreso sobre las reclamaciones presentadas, en la adjudicación del contrato.

2. La mesa de contratación concretará expresamente cuál sea la proposición de precio más bajo o económicamente más ventajosa sobre la que formulará propuesta de adjudicación del contrato. En las subastas, si se presentasen dos o más proposiciones iguales que resultasen ser las de precio más bajo, se decidirá la adjudicación de éstas mediante sorteo.

3. Concluido el acto, se levantará acta que refleje fielmente lo sucedido y que será firmada por el Presidente y Secretario de la mesa de contratación y por los que hubiesen hecho presentes sus reclamaciones o reservas.

4. Las proposiciones presentadas, tanto las declaradas admitidas como las rechazadas sin abrir o las desestimadas una vez abiertas, serán archivadas en su expediente. Adjudicado el contrato y transcurridos los



plazos para la interposición de recursos sin que se hayan interpuesto, la documentación que acompaña a las proposiciones quedará a disposición de los interesados."

Se trata de una previsión específica para las subastas.

En la contratación con el Sector Público se puede distinguir entre procedimientos que se adjudican únicamente atendiendo al criterio del precio, como ocurre en las subastas, y aquellos otros que exigen varios criterios y adjudicación, y dentro de éstos últimos entre procedimientos que utilizan criterios de valoración automática exclusivamente y aquéllos otros, como el presente, que aplican criterios sujetos a un juicio de valor o evaluación más allá del mero automatismo. No cabe duda que en un procedimiento de adjudicación en el que se utilice como único criterio de valoración el precio resulta lógico que si se presentan dos o más proposiciones iguales la adjudicación se decida mediante sorteo; este es el supuesto contemplado en el artículo 87 invocado por la Administración y que acabamos de transcribir.

Pero se trata de un procedimiento inaplicable fuera de las subastas y, por tanto, no puede ser aplicable en este caso, existiendo en los Pliegos criterios alternativos, como puede ser el haber obtenido la mejor puntuación en los criterios de evaluación no automática, y por tanto susceptibles de mayor ponderación y, en último término, la utilización del sorteo como medio de desempate supone la inaplicación, sin causa que lo justifique, de los criterios previstos en la disposición Adicional Sexta de la LCSP que prevé criterios de desempate distintos de la improcedente utilización del sorteo, método puramente aleatorio que sólo aparece, como hemos visto, previsto en la legislación vigente para las subastas, pero no para el procedimiento de adjudicación del caso.

5. De lo anterior deriva ya, sin necesidad de otras consideraciones, la procedencia de estimar el presente recurso.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

Rechazando la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado Estado del Estado **ESTIMAR** el recurso contencioso- administrativo interpuesto por la representación procesal de la **ASESORÍA LINGÜÍSTICA THÁMESIS, S.L.**, contra la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 8 de junio de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, anular la resolución impugnada por su desconformidad a Derecho con sus inherentes consecuencias legales.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial .

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Magistrada Ponente en la misma, Ilma. Sra. D^a MARIA ASUNCION SALVO TAMBO estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo. Doy fe.